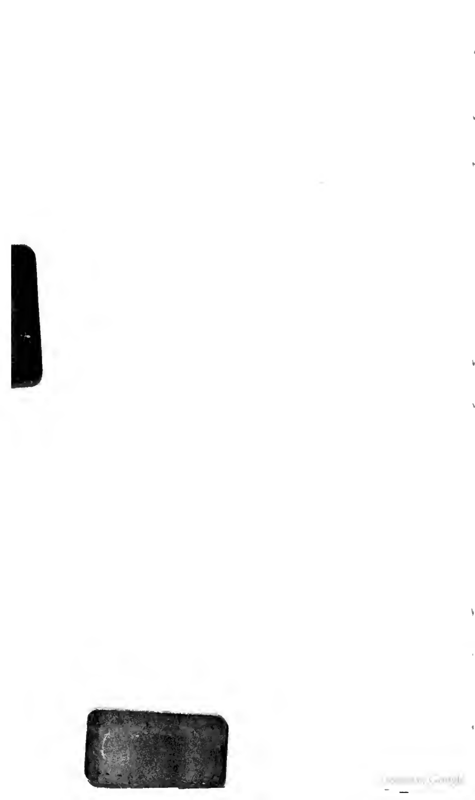
image
not
available



Digitized by Google

DROIT COMMERCIAL

COMMENTAIRE DU CODE DE COMMERCE

LIVRE I. TITRE III.

DES SOCIÉTÉS

SUIVI

D'UN COMMENTAIRE DES LOIS DES 17-23 JUILLET 1856

SUR

L'ARBITRAGE FORCÉ ET LES SOCIÉTÉS EN COMMANDITE PAR ACTIONS

PAR J. BÉDARRIDE,

AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE D'AIX,
ANCIEN BATONNIER,
MEMBRE CORRESPONDANT DE L'ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE

TOME PREMIER.

PARIS
AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE,
RUE DES GRÈS, 7.

1857

Digitized by Google

Digitized by Google

A I

DROIT COMMERCIAL

COMMENTAIRE DU CODE DE COMMERCE

LIVRE I. TITRE III.

DES SOCIÉTÉS

Digitized by Google

TYPOGRAPHIE HENNUYER, RUE DU BOULEVARD, 7. BATIGNOLLES.
(Boulevard extérieur de Paris.)



DROIT COMMERCIAL

COMMENTAIRE DU CODE DE COMMERCE

TITRE III.

DES SOCIÉTÉS.

SECTION PREMIÈRE.

DES DIVERSES SOCIÉTÉS ET DE LEURS RÈGLES.

ARTICLE 18.

Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties.

SOMMAIRE.

1. Importance du contrat de société. Services qu'il a rendus à l'humanité.
2. Son appropriation au commerce, ses résultats. Nécessités qu'elle imposait au législateur.
3. Reproches adressés dans ces derniers temps au Code de commerce.
4. Le droit civil continue à régir la société commerciale en tout ce qui n'est pas contraire aux lois et usages du commerce.
5. Nature des principes communs à celle-ci et à la société civile.
6. Définition de la société. Conséquences à l'égard de certains contrats qui s'en rapprochent.
7. Différences entre la société et la communauté.
8. Suite.
9. Suite.
10. Suite.
11. Suite.
12. Suite.
13. Différence entre la société et le louage d'œuvres ou d'industrie.

14. Différence entre la société et le mandat.
15. — entre la société et les associations tontinières.
16. — entre la société et les assurances mutuelles.
17. — entre la société et le prêt à la grosse.
18. Première condition pour que la société puisse valablement exister. Consentement des parties. Conséquences.
19. Exception à la règle prohibant l'adjonction d'un associé sans le consentement de tous.
20. La prohibition d'adjoindre un associé ne va pas jusqu'à empêcher chaque associé de céder une part dans son intérêt.
21. Le cessionnaire de cette part peut devenir un associé ordinaire en rapportant le consentement de tous. En quelle forme doit être donné ce consentement?
22. *Quid* si la cession n'avait eu pour objet que l'avantage de la société et si elle avait été autorisée dans le pacte social?
23. Quel est le caractère du contrat intervenant entre l'associé et son croupier? Constitue-t-il une société?
24. Opinion de M. Duvergier pour la négative. Réfutation.
25. Deuxième condition. Objet licite.
26. Quelle est la condition de ceux qui ont versé des fonds pour l'achat d'un office de notaire, d'avoué ou d'agent de change? Arrêt de Paris confirmé par la Cour de cassation.
27. Examen critique de ces deux monuments de jurisprudence.
28. Troisième condition. Communauté de choses réglée dans un intérêt commun. Conséquences.
29. Mise de fonds à verser par chaque associé. En quoi elle peut consister.
30. L'apport qu'un commerçant ferait de son nom constituerait-il une mise de fonds suffisante?
31. Titres divers auxquels les choses peuvent être versées dans la société. Conséquences dans le cas de perte.
32. Les mises réunies forment le fonds capital. Destination de celui-ci. Ne peut être diminué pendant la durée de la société.
33. Le fonds capital ne peut être augmenté que du consentement unanime des associés.
34. Conséquences de la règle que la société doit être exploitée dans un intérêt commun.
35. Comment doit être entendue l'égalité entre associés à l'endroit des bénéfices ou pertes. Position de l'associé industriel.
36. La proportionnalité créée par la loi peut être modifiée. Nullité de la clause affranchissant de la perte ou attribuant la totalité des bénéfices.
37. L'associé industriel peut-il cumuler un traitement avec sa part dans les bénéfices?

Digitized by Google

38. Résumé.
39. Quelle est la faute dont répondent les associés?
40. Position du croupier relativement à cette responsabilité.
41. L'associé qui s'est donné un croupier, responsable de la solvabilité de celui-ci, est-il tenu envers lui de l'insolvabilité des associés principaux?
42. Comment se fera entre le croupier et lui le règlement de cette insolvabilité?
43. Position du croupier vis-à-vis des créanciers de la société principale.
44. Préférence qu'il doit obtenir sur les créanciers personnels de son cédant, pour la part d'intérêt qu'il lui a cédée.
45. Résumé des obligations et des droits naissant du contrat de société.
46. Causes de dissolution de la société. 1° Expiration du terme convenu pour sa durée.
47. Exception que cette règle comporte.
48. Faculté de proroger. Comment elle est censée avoir été exercée.
49. 2° Extinction de la chose ou consommation de l'opération. Caractère de celle-ci.
50. Portée réelle de l'art. 1867. Différence de l'hypothèse qu'il prévoit d'avec celle dont s'occupe l'art. 1865.
51. Effet de l'extinction de la chose constituant la mise de fonds d'un associé. Quand y a-t-il seulement mise promise?
52. Quand devra-t-on considérer la mise comme effectuée? Exigera-t-on qu'il y ait tradition réelle?
53. Opinion de M. Pardessus. Dissentiment et réfutation.
54. Objection de MM. Malepeyre et Jourdain. Réfutation.
55. Effet de l'extinction si la chose promise ou livrée n'a été cédée que pour la jouissance. Conséquences.
56. Véritable caractère de la dissolution dans les cas prévus par l'art. 1867.
57. 3° Mort naturelle d'un associé. Motif qui a fait admettre la dissolution.
58. Distinction que faisait le droit romain entre la clause de continuation entre associés et celle avec les héritiers. Motifs qui avaient fait admettre l'une et repousser l'autre.
59. Notre Code les permet toutes deux.
60. Les associés peuvent, en cas de continuation de la société entre survivants, stipuler que les héritiers ne pourront exiger que la part qui leur reviendrait d'après le dernier inventaire.
61. Obligations que cette clause impose aux associés. Effet de sa violation.
62. Effets de la clause de continuation avec les héritiers. *Quid* si ceux-ci sont mineurs ou s'il en existe parmi eux?
63. En l'absence de la clause de continuation, les associés peuvent s'ad-

1. Un économiste moderne a dit avec raison et vérité : Les capitaux sont comme les hommes ; unis, ils sont puissants, divisés, ils sont sans force [1]. L'institu-

[1] Michel Chevalier, *Lettres sur l'Amérique.*

tion ayant pour objet l'union des capitaux et des hommes était donc appelée à jouer un rôle important dans la création et le développement de l'état social.

Cette institution c'est la société, et l'histoire est là pour attester qu'elle n'a pas failli à sa mission. Nulle autre n'a rendu à l'humanité de plus éminents services. C'est par elle, en effet, que l'homme, attaquant l'esclavage dans ses effets les plus désastreux, a fini par en triompher. C'est encore par son aide qu'après avoir conquis l'émancipation et l'indépendance, il a su se procurer les ressources indispensables à son bien-être et à la prospérité de sa famille.

Notre intention n'est pas de rappeler un à un les services que l'association a tour à tour rendus à l'homme, à la famille, à l'Etat. Une pareille tâche est trop au-dessus de nos forces. Nous nous bornerons à les résumer par ces paroles, que nous empruntons à l'un de nos éminents jurisconsultes :

« Le contrat de société est né, pour ainsi dire, avec l'homme. Obligé de lutter avec les obstacles qu'une nature rebelle opposait à la satisfaction de ses besoins, et désespérant de les vaincre seul, il s'est rapproché de son semblable pour combattre et partager ensuite avec lui les résultats de leurs communs efforts.

« Le principe ne s'est point altéré en s'éloignant de son origine. Il s'est développé, transformé avec elle ; ses applications seulement ont changé. Ainsi, après avoir emprunté à l'association les secours de sa force contre les résistances du monde matériel, l'homme a

lutté plus tard avec elle contre les violences d'une domination barbare ou les inégalités d'une civilisation oppressive. Partout où s'élevait un obstacle supérieur à la volonté, aux forces, à l'énergie d'un seul, l'association a réuni en faisceau toutes les forces éparses que leur isolement condamnait à l'impuissance, et les a menées par des voies lentes ou rapides, mais sûres, à la conquête d'un état meilleur [1]. »

2. Le commerce ne pouvait négliger ce puissant levier. Aussi n'a-t-il pas tardé à se l'approprier si intimement qu'il est bientôt devenu l'âme et la vie de ses opérations. L'étude attentive de leur développement amène à se demander si la société n'en est pas le produit plutôt que la cause. Partout, en effet, où le commerce puise un encouragement quelconque dans les institutions politiques, on voit l'association grandir, se multiplier, se transformer même. C'est ainsi que, dès le douzième siècle, des négociants italiens imaginent et pratiquent sur la plus vaste échelle cette ingénieuse fiction d'une société des capitaux abstractivement des personnes.

La France a obéi à cette loi inévitable. Les développements du commerce et de l'industrie ont naturellement propagé l'esprit d'association. C'était là une conséquence forcée. A mesure, en effet, que ces deux branches de la prospérité publique ont pris de l'extension, il a fallu se procurer des capitaux plus considérables, acquérir des procédés nouveaux. Les expéditions

[1] Delangle, *Des Sociétés commerciales*, introduction.

maritimes, les grands travaux d'art qu'un seul n'aurait pu entreprendre, l'association a su les accomplir.

Le devoir du législateur était tout tracé par cet état des choses. Il fallait non-seulement réglementer la société au point de vue des principes civils, mais encore l'adapter aux mœurs, aux besoins commerciaux, lui donner une forme susceptible de se prêter aux nécessités que le caractère des opérations commerciales fait naître. C'est cette tâche que le législateur de 1673 entreprit. C'est également l'objet que se proposent les auteurs du Code de commerce en sanctionnant le titre que nous examinons.

3. Ce titre est devenu, dans ces dernières années surtout, le point de mire de reproches exagérés, d'attaques passionnées; on lui a reproché de méconnaître le véritable esprit d'association, de favoriser les fraudes. De toutes parts des réformes étaient sollicitées au nom de *l'intérêt général*, qu'on indiquait comme sérieusement menacé. Que serait-il advenu si, préoccupé de ces alarmes, le gouvernement avait donné suite aux mesures qu'elles lui avaient d'abord inspirées? Rien autre, s'il faut en juger par le projet de loi présenté à la Chambre des députés le 15 février 1838, qu'une législation beaucoup moins en harmonie avec les usages du commerce, bien moins réellement libérale que celle qu'il s'agissait de remplacer. Heureusement, comme l'observe M. Troplong, le conflit des propositions et l'anarchie des opinions réformistes ont amené un résultat négatif. Tous les projets enfantés par la fièvre de la spéculation et de l'agiotage sont ou-

bliés, et le Code de commerce a conservé son intégrité, son excellente intégrité [1].

4. Mais en passant dans le Code de commerce, la société n'a rien perdu de son caractère originel, le droit civil n'a pas cessé d'être sa loi primordiale et n'en contient pas moins ses règles premières et générales [2]. Ce principe, qui dictait l'art. 1873 du Code Napoléon, explique également la disposition de l'article 18, aux termes de laquelle le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties.

Ainsi, le Code Napoléon ne régira pas les sociétés commerciales dans les points où ses dispositions seraient contraires aux lois et aux usages particuliers du commerce; mais il conservera son empire partout où il n'existera aucune incompatibilité de ce genre. Dès lors, la règle tracée par l'art. 18 est suffisante. Evidemment, le législateur commercial n'avait pas à retracer les principes communs à l'une et à l'autre des sociétés civile et commerciale.

Pourquoi, en effet, prescrire aux commerçants des règles qu'ils sont tenus d'observer comme citoyens ? Ce qu'il importait d'exprimer, c'étaient les dérogations que l'intérêt du commerce était dans le cas de commander, et c'est là surtout le caractère essentiel de toute législation commerciale.

Ainsi, pour la matière des sociétés, le Code Napoléon continue de former le droit commun, la règle générale;

[1] *Des Sociétés*, préface, p. 97.
[2] Rapport au Tribunat, par M. Boutteville.

le Code de commerce n'est que l'exception. C'est dans ce sens que l'avait compris le législateur de 1673, et l'exécution qu'il avait donnée à sa pensée n'avait jamais excité ni accusation ni reproche. En l'imitant, les auteurs du Code ne faisaient que consacrer une doctrine dont l'expérience pratique démontrait la justesse.

5. Mais ce caractère exceptionnel de la législation commerciale crée, lorsqu'on désire s'en occuper, la nécessité de rappeler les principes généraux auxquels obéit la matière. Se borner à retracer les dérogations que ces principes ont dû subir serait se renfermer dans un cercle incomplet et vicieux. Nous allons donc, pour obéir à cette nécessité, tracer un résumé succinct et rapide des dispositions du Code Napoléon auxquelles il n'a pas été dérogé, et qui continuent conséquemment de régir les sociétés commerciales.

Ces dispositions présentent des définitions générales, règlent les engagements des associés entre eux, déterminent les différentes manières dont la société finit et les suites de la dissolution.

Les définitions générales expliquent ce qu'est la société, les conditions qui lui sont essentielles, et indiquent par cela même les personnes qui peuvent la contracter.

6. La société, dit l'art. 1832 du Code Napoléon, est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. L'art. 1833 ajoute : Toute société doit avoir un objet

licite et être contractée dans l'intérêt commun des parties. Chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie.

La société ne peut donc exister que si le contrat a été librement et volontairement consenti; que si son objet est licite; que s'il résulte du contrat une communauté de choses, dans un intérêt commun.

Quelques contrats présentent quelques-unes de ces conditions. Ce n'est donc que par leur ensemble qu'on pourra reconnaître la société et la distinguer de la communauté, du contrat de louage d'œuvres, de celui de mandat, des tontines, des assurances mutuelles, du prêt à la grosse.

7. La communauté est le plus souvent accidentelle ou légale. Dans l'un et l'autre cas elle diffère essentiellement de la société, n'existant et ne pouvant exister que par la volonté et le consentement libres des parties; mais cette différence ne se réalise pas toujours. La communauté peut résulter également d'une convention; c'est ce qui arrive, notamment lorsque, aux termes de l'art. 815 du Code Napoléon, deux ou plusieurs personnes prorogent l'indivision existant entre elles.

Il faut donc chercher ailleurs le signe propre à distinguer, dans tous les cas, la communauté de la société. Ce signe général nous le trouvons dans l'absence, pour la première, de la plupart des conditions que nous venons d'indiquer, et surtout dans celle de toute confusion d'intérêts. Il ne suffit pas, en effet, d'avoir une chose ou un droit indivis avec quelqu'un pour être

associés ; il faut encore que cette indivision ait été dans l'origine, et continue d'être dans son développement, déterminée par une pensée d'en répartir proportionnellement les produits et de l'exploiter dans un intérêt commun. *Socii non dicuntur qui sunt consortes ejusdem negotii, sed qui præterea aliquid de suo afferunt ad communem utilitatem.*

De là, M. Troplong induit, avec juste raison, que la communauté est un état passif, tandis que la société se sert de la communauté comme moyen pour faire un bénéfice et le partager. Ainsi, les communistes ne sont tenus à rien faire l'un pour l'autre. Comme leurs rapports sont déterminés par la copropriété plutôt que par la considération des personnes, ou par la poursuite d'un but commun, ils sont maîtres de ne suivre que leur intérêt individuel. Ce n'est pas dans un intérêt collectif que la chose reste indivise entre eux, c'est pour leur commodité et leur utilité particulière. Chacun peut donc se borner à travailler pour soi, et non pour son consort. Au contraire, dans la société, c'est l'utilité commune qui est le point de vue dominant; c'est vers ce résultat que doivent sans cesse tourner tous les efforts des associés; c'est pour l'obtenir que l'un a apporté sa chose, l'autre son industrie [1].

8. Cette différence dans le principe, nous allons la retrouver à un degré énergique dans les effets. Ainsi, aux termes des articles 1848 et 1849 du Code Napoléon, lorsque l'associé est, pour son compte particulier,

[1] Troplong, *Des Sociétés*, art. 1832, n. 22.

créancier d'une somme exigible d'une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire sur la créance de la société et sur la sienne dans la proportion des deux créances, encore qu'il eût, par sa quittance, dirigé l'imputation intégrale sur sa créance particulière; lorsque l'associé a reçu sa part entière de la créance commune, et que le débiteur est depuis devenu insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spécialement donné quittance pour sa part.

Aucune de ces obligations n'incombe au communiste. Tout ce qu'il retirerait de sa créance personnelle ou indivise lui serait irrévocablement acquis. Il n'a pas à s'enquérir de ce que fait son communiste, et moins encore à lui tenir compte du soin et de la vigilance qu'il a mis à surveiller et à protéger ses propres intérêts.

9. La société donne naissance à un être moral, collectif, qu'on distingue des associés pris individuellement, fonctionnant comme tierce personne, ayant des actions, des obligations et des droits. La communauté offre bien cette circonstance que la possession d'un communiste empêche la prescription en faveur des autres; mais elle ne saurait jamais être considérée comme un être moral; elle renferme autant de personnes distinctes qu'il y a d'intéressés; aucun d'eux ne la représente que pour sa part et portion. L'associé qui vend, achète s'oblige, intente une action ou y défend au nom de la société, engage de plein droit ses associés,

à moins que l'acte de société ne lui ait interdit le pouvoir de le faire. Le communiste, agissant dans les mêmes circonstances au nom de la communauté, n'obligerait que lui seul.

10. La communauté, prolongeant l'indivision, place les biens dans un état d'indisponibilité contraire aux intentions de la loi, dangereux pour l'intérêt privé lui-même. Aussi est-elle considérée avec défaveur par le législateur, limitant à cinq ans la durée de la convention qui interdit le partage. La société, au contraire, a toutes les sympathies de la loi. L'action et le progrès sont dans sa nature. Sa durée ne reçoit d'autres limites que celles qu'il plaît aux parties de lui assigner.

11. La mort d'un associé dissout de plein droit la société, à moins d'une stipulation contraire. La communauté n'est nullement atteinte par le décès du communiste. L'intérêt des héritiers se substitue de plein droit et naturellement à celui de leur auteur, et la communauté reste avec eux ce qu'elle était avec celui-ci.

Le communiste n'a que l'action en partage; la société, indépendamment de cette action, engendre celle *pro socio*, qui en diffère par sa nature autant que par ses effets.

12. Enfin, une dernière différence, qui n'est pas certes la moins notable, doit encore être relevée. Dans la société, si la chose apportée par un des associés vient à périr, cette perte est pour le compte de l'être moral, et ne s'oppose en rien à ce que l'ancien propriétaire conserve son droit aux avantages produits par l'excédant du fonds capital. Dans certains cas même il pourra,

lors de la dissolution, en répéter le prix, comme si la société l'avait aliénée d'une manière profitable pour elle. Le contraire forme le droit commun de la communauté. Ainsi, si deux propriétaires ont, dans des convenances particulières, réuni leur propriété dans une exploitation unique, la perte de l'une d'elles demeure pour le compte exclusif de celui à qui elle n'a pas cessé d'appartenir, et la communauté se trouverait dissoute sans que l'autre eût à supporter aucune charge ou à payer aucune indemnité.

Ces effets divers indiquent suffisamment de quel puissant intérêt peut être la détermination du véritable caractère du contrat, et combien il importe de ne pas confondre la société avec la communauté.

Or, des différences que nous venons de rappeler, il faut conclure, avec M. Troplong, que toute société suppose une communauté, mais que toute communauté n'est pas une société. La communauté est le genre, la société une espèce, espèce très-notable et très-importante, et qui, par cela même, laisse mieux apprécier en quoi la simple communauté reste éloignée d'elle [1].

13. Le louage d'œuvres revêt quelquefois certains caractères de la société. C'est ce qui se réalise notamment lorsqu'un commis reçoit à titre de salaire, ou pour supplément de salaire, une part quelconque dans les bénéfices de la maison.

La jurisprudence a refusé de voir dans cette convention le contrat de société, et il faut avouer que ce n'est

[1] *Des Sociétés*, art. 1832, n. 20.

pas sans raison; elle n'offre pas, en effet, cette communauté de choses que nous avons vu former l'élément essentiel de toute société. Le patron demeure le maître exclusif de la marchandise dont la vente doit produire le bénéfice; il reste le seul arbitre de l'opportunité de cette vente et des conditions dans lesquelles elle doit se réaliser.

D'autre part, le commis, complétement étranger à l'administration, demeure également étranger aux dettes. Les créanciers n'ont aucune action contre lui. Son droit se borne à recevoir sa part dans les bénéfices acquis. Il n'est donc pas un associé dans l'acception ordinaire de ce mot. Il reste un conducteur de services sous condition aléatoire [1].

14. L'individu qui confie à un autre des objets avec mission de les vendre, sous promesse de lui abandonner tout ou partie de la portion du prix excédant une somme déterminée, contracte-t-il une société ? On dit pour l'affirmative que, dans cette hypothèse, l'un fournit le capital social, l'autre son industrie, qu'il y a donc une vraie association. Mais il pouvait en être ainsi sous l'empire du droit romain, alors que le mandat salarié n'étant pas admis, il convenait de trouver un nom au contrat dont nous nous occupons. Cette solution n'est plus admissible aujourd'hui. Le propriétaire de l'objet n'est pas présumé en avoir conféré la copropriété à celui qui l'a reçu avec mission de le vendre. Or, san scette copropriété, il ne saurait exister de

[1] Voy. notre *Commentaire* sur l'art. 14, n. 293.

communauté et partant de société. On ne saurait donc admettre celle-ci, à moins que l'intention de la contracter ne résultât clairement de la convention ou des circonstances et des faits spéciaux. Dans le doute, l'opération doit être considérée comme ne constituant qu'un mandat salarié, ou, pour parler le langage commercial, qu'une commission par l'effet de laquelle celui qui donne ses soins et son entremise pour opérer la vente n'obtient un salaire qu'éventuellement et sous une chance aléatoire [1].

15. Les associations tontinières, c'est-à-dire la réunion de créanciers de rentes perpétuelles ou viagères, formée sous la condition que les rentes des prédécédés accroîtront aux survivants, soit en totalité, soit jusqu'à concurrence d'une quotité déterminée, ne doivent pas être confondues avec les sociétés civiles ou commerciales.

Une seule objection a pu être faite contre cette solution; elle était tirée de ce que les tontines ne peuvent exister sans l'autorisation du gouvernement. Mais cette formalité n'est pas prescrite par exécution de l'art. 37 du Code de commerce, elle a été spécialement imposée par un avis du Conseil d'Etat du 25 mars 1809, approuvé par l'Empereur le 1er avril suivant.

Or, loin d'assimiler les tontines aux sociétés, le rapporteur, M. d'Hauterive, faisait ressortir les différences radicales qui les séparent.

« Dans une tontine, disait-il, la somme des capitaux,

[1] Pardessus, t. IV, n. 969.

une fois déterminée, reste toujours la même. Ils ne sont sujets à aucune chance, ni susceptibles d'aucune amélioration; et l'industrie, le temps et la fortune ne peuvent rien changer à leur mesure.

« Une tontine ne présente ni travail, ni produit, ni concurrence ; c'est une simple convention par laquelle les sociétaires s'engagent à souffrir, au détriment de leurs héritiers naturels, le partage de leur intérêt dans l'association entre ceux de leurs coassociés qui sont destinés à leur survivre ; et ce partage est en même temps la seule opération des personnes qui sont chargées d'administrer l'association. Il est difficile de comprendre comment l'existence de cette société pourrait être rapportée à la législation commerciale, qui a pour objet de soumettre l'industrie à des lois particulières, de favoriser ses accroissements, de déterminer ses droits et de régler sa concurrence. »

Entrant ici dans le parallèle des sociétés anonymes et des tontines, le rapporteur en signale les différences radicales; il finit en ces termes :

« Enfin, la différence qui mérite le plus d'être prise en considération est celle-ci :

« Les sociétés anonymes créent un intérêt nouveau, non-seulement pour les associés, mais encore pour l'État lui-même; elles répandent et multiplient l'action vivifiante du travail; elles forment des capitaux qui, mis en œuvre par leur féconde et toujours active industrie, produisent eux-mêmes de nouvelles propriétés productives.

« Les tontines ne produisent ni mouvement, ni ca-

pital, ni industrie; on ne saurait donc leur appliquer les règles que la loi a tracées pour les sociétés anonymes. »

En réalité donc, les tontines n'ont aucun des caractères essentiels des sociétés; elles sont de pures associations de survie. Les profits qu'elles sont dans le cas de produire, loin de provenir du travail des communistes, sont le résultat de chances fort indépendantes de la volonté et des efforts humains.

16. Sans offrir un caractère identique, les assurances mutuelles, soit qu'elles se proposent de garantir la conservation des biens, soit qu'elles aient pour objet celle de leurs produits, ne sauraient non plus être confondues avec les sociétés. Il y a même pour le décider ainsi cette raison décisive que, dans les associations de ce genre, il n'y a jamais pour les parties aucune chance de profit. Chacune d'elles pourra y puiser une indemnité de la perte qu'elle est dans le cas d'éprouver; mais, loin de réaliser un gain quelconque, elle contribuera elle-même à la perte pour une proportion déterminée. Une entreprise de cette nature ne met en commun que la chance de perte, et l'obligation de la supporter chacun pour sa part : ce n'est donc pas là une société.

17. Enfin, le prêt à la grosse rend commun au prêteur l'intérêt que l'emprunteur peut avoir au succès du voyage du navire ou de la marchandise. Ce n'est, en effet, que par leur heureuse arrivée au port de destination qu'il sera remboursé de son capital et des intérêts au taux stipulé. Mais le profit qu'il retirera par

l'excédant du taux légal n'est pas le résultat d'une participation au bénéfice de l'expédition; il est exclusivement dû à la chance qu'il a courue de perdre son capital lui-même, aussi ses droits à le percevoir sont-ils indépendants de l'issue de l'opération. Il suffit que le navire sujet ou porteur du risque soit arrivé à bon port pour que l'emprunteur soit tenu de désintéresser le prêteur en capital et intérêts, alors même que sa spéculation lui offrît personnellement une perte.

Il n'y a donc, en réalité, dans le prêt à la grosse, ni communauté de choses, ni communauté d'intérêts. Or, cette dernière est à tel point de l'essence de la société, que son absence en fait disparaître toute possibilité. C'est ce que la Cour de cassation a plusieurs fois décidé.

Ainsi, elle a jugé, le 4 juillet 1826, que la convention par laquelle divers négociants mettent en commun un capital, pour en jouir alternativement pendant trois mois, en l'appliquant à leur commerce particulier, ne constituait pas une société [1].

Un autre arrêt du 5 janvier 1842 décide qu'il n'y a pas société lorsque les possesseurs d'une usine conviennent que chacun d'eux l'exploitera à son tour, pour son compte personnel, pendant un certain temps [2].

Chacun des contrats que nous venons de parcourir a quelques points de contact avec la société, et offre quel-

[1] D. P. 26, 1, 403.
[2] *Idem*. 42, 1, 58.

ques-uns de ses caractères. Mais l'absence des autres ne permet pas de le confondre avec elle; car, ainsi que nous le disions tout à l'heure, la société n'existe et ne peut exister que du moment où, par l'effet d'un consentement spontané et libre, les parties ont déterminé l'objet de la société, l'apport de chacune d'elles et la quotité de leur intérêt respectif. En d'autres termes, il ne peut y avoir société si le but et la volonté des parties n'ont pas été de réunir dans un intérêt commun les diverses mises sociales, de les exploiter aux risques et périls de tous, et d'attribuer à chacune d'elles une part déterminée dans les gains et dans les pertes. Reprenons maintenant les conditions exigées pour la validité du contrat.

18. Première condition. — *Consentement des parties.* — L'association ne peut être le produit du hasard. Les rapports de confiance réciproque qu'elle exige, les sentiments quasi fraternels qui en font la base, la rendaient un contrat essentiellement, éminemment consensuel.

De là cette première conséquence que la société serait nulle, si le consentement d'une des parties manquait d'une des conditions exigées pour sa validité, s'il avait été donné par erreur, extorqué par la violence, surpris par le dol ou la fraude.

Mais, ainsi que nous l'avons dit ailleurs [1], le vice entachant le consentement n'empêche pas que la société ait existé de fait jusqu'au moment où son annu-

[1] Voy. notre *Traité du dol et de la fraude*, t. II, n. 1060 et suiv.

lation sera prononcée. Il faut donc pourvoir au règlement des opérations qui en ont été la conséquence. Or, il n'est pas douteux que le demandeur en nullité est lui-même tenu vis-à-vis des tiers pour tous les engagements sociaux; mais il a naturellement sa garantie contre l'auteur de l'erreur, de la violence, du dol ou de la fraude dont il a été la victime.

Une seconde conséquence de la nécessité du consentement est qu'aucun associé ne peut contraindre ses coassociés à recevoir la personne qu'il se serait substituée, ou le nouvel associé qu'il se serait adjoint. L'adjonction d'un associé, à quelque époque qu'elle se réalise, ne peut être que l'effet de la volonté unanime des intéressés. La majorité ne pourrait l'ordonner malgré la minorité, quand même celui ou ceux qui la composent ne voudraient donner aucun motif de leur refus. C'est ce qui s'induit explicitement de la disposition de l'art. 1861 C. Nap.

19. Mais cette règle, qui convient parfaitement aux sociétés entre personnes limitées, reçoit une exception forcée. Le capital social divisé en actions rend, en quelque sorte, la personne des associés indifférente.

D'ailleurs, ces actions, ainsi que nous le verrons plus tard, peuvent n'avoir pas été intégralement placées au moment où la société commence à fonctionner. Le gérant, ayant le devoir d'en opérer ultérieurement le placement, est donc libre d'introduire légalement dans la société de nouveaux associés. Il en serait de même si les actions ayant été divisées en séries ne devaient être placées qu'à des époques déterminées, ou si les besoins

Digitized by Google

de la société appelaient des émissions nouvelles et successives.

Ordinairement encore les actions sont au porteur, ou tout au moins transmissibles par la voie de l'endossement. Dans l'un et l'autre cas, il est évident que l'associé primitif peut céder ses droits et se substituer la personne qui lui convient, sans recourir au consentement de ses coassociés; lequel, d'ailleurs, résulterait suffisamment de l'adhésion donnée dans l'acte social à la transmissibilité des actions.

La dérogation à la règle de l'article 1861 est donc plutôt conventionnelle que légale. Voulût-on lui reconnaître ce dernier caractère, elle se justifierait parfaitement par la nature de la société. Il est évident, en effet, que, dans les sociétés de ce genre, ce qui importe par dessus tout, c'est le capital. Il est donc fort indifférent qu'il provienne de tel ou de tel; il suffit qu'il soit réalisé.

Au contraire, dans la société entre personnes déterminées, c'est plutôt en considération de la personne qu'en vue du capital qu'on a traité. Chaque associé a compté sur la position commerciale ou sociale, sur les qualités morales, sur le caractère même de celui qu'il s'est associé. Il n'est donc pas possible qu'après le contrat un d'eux puisse se substituer une autre personne, ni introduire dans la société un nouvel intéressé pouvant ne pas offrir toutes les garanties que les associés auraient exigées.

20. Mais cette prohibition ne va pas cependant jusqu'à interdire à l'associé de négocier de son intérêt

social. Il peut donc en disposer, l'aliéner en tout ou en partie. Rien n'empêcherait que, de lui à son cessionnaire, cette aliénation reçût tous les effets dont elle est susceptible; mais elle ne saurait en produire aucun à l'endroit de la société. Ainsi, même après une cession totale, le cessionnaire n'aurait pas acquis le droit de s'immiscer dans les affaires sociales, ou de prendre part aux délibérations. De son côté, le cédant demeurerait personnellement tenu de toutes ses obligations, comme il jouirait de tous ses droits. Légalement, il n'a pas cessé d'être le seul, l'unique associé.

Si la cession est partielle, l'effet, quant à la société, est le même. Elle est sans obligations et sans droits vis-à-vis du cessionnaire. Mais, de celui-ci au cédant, il se forme une nouvelle société, entée sur la première, et les obligeant réciproquement dans la mesure de leurs droits.

C'est ce qui a été reconnu et admis dans tous les temps. Le droit romain s'en était formellement expliqué. *Qui admittitur socius,* disait Ulpien, *ei tantum socius est qui admittit, et recte. Cum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui. Quid ergo si socius meus eum admisit? Ei soli socius est, nam socii mei socius, meus socius non est* [1].

Cette doctrine avait été suivie dans notre ancien droit. On désignait le cessionnaire par le nom de *croupier,* qualification fort exacte, dit M. Troplong, car il

[1] L. 19, ff. *Pro socio.*

chevauche sur son partner, et ne se distingue pas de lui.

L'article 1861 C. Nap. confirme cette règle. Aujourd'hui, comme anciennement, l'associé de mon associé n'est pas le mien. Il reste le croupier de celui qui l'a admis à participer à son intérêt.

21. Au reste, l'adjonction d'un nouvel associé n'a rien qui répugne au contrat de société. L'article 1861 ne la prohibe qu'en tant qu'on prétendrait la réaliser sans le consentement de tous les associés. Conséquemment, si l'appel à une tierce personne, fait par l'un d'eux, avait reçu l'assentiment de tous les autres, celle-ci serait un véritable associé, et participerait, comme tel, à toutes les prérogatives, à tous les droits, à toutes les obligations attachées à cette qualité.

En quelle forme doit être donné le consentement des associés? Doit-il être exprès? Ne peut-il pas résulter implicitement des faits et des circonstances?

Ces questions, à notre avis, ne peuvent soulever de grandes difficultés. La loi exige le consentement des associés, mais elle garde le plus complet silence sur la manière dont il doit être exprimé. Il est dès lors évident que la recherche de son existence rentre dans le droit commun en matière d'acquiescement. Conséquemment, si les associés ont connu la cession, s'ils ont souffert que le cessionnaire administrât la société, s'ils l'ont admis dans les délibérations, s'ils l'ont consulté, s'ils lui ont donné dans certaines circonstances le titre d'associé, ils ont consenti à ce qu'il le devînt; ils ne pourraient donc plus tard lui contester cette qualité.

Digitized by Google

La validité du consentement tacite était admise par l'école italienne. Casaregis l'enseigne d'une manière expresse. Voici à quelle occasion.

On discutait la question de savoir si le participe d'un associé était recevable à demander au gérant de la société la restitution de son capital et de sa part dans les bénéfices. Au nom du premier, on soutenait que le second n'avait pu ignorer la cession ; que non-seulement il l'avait connue, mais qu'il lui avait donné la plus complète adhésion, ce qu'on faisait résulter de la correspondance qu'il n'avait pas cessé d'entretenir avec le cessionnaire.

C'est en faveur de celui-ci que se prononce Casaregis, *quia quando quis assumptus est in socium alicujus negotiationis, ab aliquo socio, cum consensu consocii* (QUI CONSENSUS EX SOLA SCIENTIA ET PATIENTIA EDUCITUR), *consideratur novus socius admissus, tanquam si a principio primorum sociorum socius fuisset, quapropter ei negari nequit actio conveniendi socium principalem qui administravit, ut sibi administrationis ratio reddatur, cum restitutione sui capitalis et fructuum* [1].

On le voit, cette doctrine est claire et précise. Ajoutons que son caractère juridique ne saurait être contesté. Le consentement peut résulter de la conduite des associés aussi énergiquement que d'une déclaration écrite, lorsque cette conduite n'est que la ratification tacite d'un acte émané de l'un d'eux. Comment,

[1] *Disc.* 133, nos 8 et 9. Voy. autorités invoquées à l'appui.

en effet, ceux qui connaissant la cession sont entrés en relation avec le cessionnaire, lui ont permis de s'immiscer dans les opérations sociales, lui ont donné l'accès dans les bureaux, lui ont permis d'administrer, lui ont constamment prêté leur concours ou requis le sien, pourraient-ils raisonnablement prétendre ne pas l'avoir accepté pour coassocié ? Les faits démentiraient ici trop énergiquement leur allégation tardive pour qu'elle pût être favorablement accueillie.

22. L'existence du consentement serait également admise, si la cession d'intérêt n'avait été faite que pour l'utilité de la société, et en exécution d'une clause formelle du pacte social. Nous avons été consulté dans une espèce offrant cette double circonstance. Une société, ayant pour objet l'exploitation d'une machine pour nettoyer les grains, avait été formée à Paris. Il avait été convenu qu'il serait créé à Marseille un établissement, et, à cet effet, l'un des associés était autorisé, sur la part lui revenant, à intéresser un tiers qui gérerait cet établissement. La question était de savoir si ce gérant était l'associé de tous les membres de la société ou simplement le croupier de son cédant.

Nous ne pouvions voir dans l'adjonction du gérant pour Marseille que l'exécution d'une obligation réciproquement imposée et acceptée dans le pacte social ; et dans l'existence de la clause de celui-ci que le consentement formel de tous les associés. Nous avons donc pensé que le gérant à Marseille était membre de la société primitive, son élection étant d'ailleurs indispensable au succès de l'opération.

Digitized by Google

23. Quel est, en dehors de tout consentement des coassociés, le caractère de la cession d'un intérêt social entre le cédant et le cessionnaire ? La solution de cette difficulté est importante, surtout pour la détermination de la juridiction appelée à connaître les contestations dont cette cession peut être l'objet.

Or, si on s'arrête aux expressions littérales de la loi, on est conduit à décider qu'une cession de ce genre est une véritable société. C'est ainsi que la qualifient le texte du droit romain et celui de l'article 1861.

Si on s'en réfère à la nature des choses, on arrive à la même conclusion, car on se trouve en présence d'une communauté fondée par le concours des deux parties, puisque le cessionnaire ne paye un prix que pour devenir propriétaire d'une partie de l'intérêt social de son cédant, que pour constituer un fonds social par la réunion de cette partie à celle restant à ce dernier, et que ce fonds social doit être exploité dans un intérêt commun. Nous retrouvons donc dans le contrat les trois éléments constitutifs de la société, à savoir une indivision respectivement consentie, un apport réciproque, et une communion d'intérêts devant offrir pour chaque partie une chance de gain ou de perte.

Aussi la doctrine de toutes les époques était-elle unanime. Partout et toujours, la cession d'un intérêt social avait paru créer une société entre le cédant et le cessionnaire.

24. Telle n'est pas cependant l'opinion de M. Duvergier. Pour cet honorable jurisconsulte, ce contrat

n'est rien autre chose qu'une simple communauté [1].

L'unanimité que nous venons de signaler dans la législation et dans la doctrine rend cette opinion peu vraisemblable. «En effet, à ce compte, dit M. Troplong, les lois romaines, le Code Napoléon, les interprètes grands ou obscurs, la jurisprudence tout entière auraient vécu jusqu'à ce jour dans une profonde erreur; car, sans cesse, dans la théorie comme dans la pratique la plus invétérée, le nom d'associé a été donné au croupier. Or, il peut bien arriver que la science se trompe une fois, vingt fois; mais se tromper toujours! est-ce possible? est-ce croyable [2]? »

Il y a là, il faut l'avouer, un terrible préjugé contre l'opinion de M. Duvergier. Voyons maintenant si les motifs sur lesquels il la fonde viennent lui donner raison contre l'impossibilité et l'invraisemblance signalées par M. Troplong.

«Dans la cession à titre onéreux, dit M. Duvergier, il n'y a point d'apport fourni par chacun des contractants et point de chose commune formée par leur réunion, cela paraît incontestable, car la somme d'argent que paye le cessionnaire entre dans la caisse du cédant, devient sa propriété personnelle; elle n'est donc pas la mise du cessionnaire. »

Non, sans doute, le prix de la cession n'a jamais formé l'apport social du cessionnaire; mais, au moyen de ce prix, celui-ci a acquis une partie de l'intérêt que le cé-

[1] *Des Sociétés*, n. 375.
[2] Art. 1861, n. 757.

daut a dans la société principale, et c'est cette partie, désormais sa propriété, qui va constituer sa mise soeiale; c'est la réunion de eette partie à celle restant au cédant qui forme le fonds commun.

M. Duvergier nierait-il la société dans l'hypothèse suivante? Un négociant possède une usine, il en vend la moitié à un tiers, et, cette vente consommée, l'usine est mise en commun pour être exploitée dans l'intérêt des deux propriétaires actuels. Quelle différence y a-t-il entre cette hypothèse et celle qui nous occupe? Aueune autre, si ce n'est que dans eelle-ci l'objet cédé est un droit incorporel au lieu d'être un immeuble. Mais cette différence est fort indifférente, puisque l'un est au même titre que l'autre suseeptible de possession et de transmission.

Ce qui est donc incontestable dans notre espèee, c'est qu'après la cession il y a une chose commune fournie par chaque assoeié. La prétendue absence de cette communauté de choses est surtout remarquable dans la bouche de M. Duvergier. Est-ce à cause de cette absence qu'il soutient que le contrat n'est qu'une simple eommunauté?

Ce premier argument n'a done aucune portée ni en fait ni en droit; c'est ce que M. Duvergier est lui-même amené à reconnaître. « Mais, eontinue-t-il, en admettant qu'il y ait chose commune et mise de fonds réciproque, on ne retrouve pas dans les eonséquences du contrat les effets ordinaires d'une société. D'abord, selon le droit commun et à moins de convention contraire, chaque associé a l'administration des ehoses

composant le fonds social; or, le cessionnaire, qu'on voudrait convertir en associé, doit rester complétement étranger à la gestion. En outre, il ne peut pas user comme associé des choses qui dépendent de la société. Enfin, sa mort ou sa déconfiture ne mettrait pas fin aux rapports établis entre lui et son cédant; car celui-ci ne pourrait être contraint à rendre tout ou partie du prix qu'il aurait reçu, encore moins faire un partage qui est impossible tant que dure la société principale. »

Ces nouvelles objections ne sont pas plus décisives que la première. D'abord, il n'est pas exact que le croupier ne puisse administrer. Le plus souvent, au contraire, comme le remarque M. Troplong, l'associé ne s'en donnera un que pour se décharger sur lui d'une administration devenue trop lourde pour ses seules force .

D'ailleurs, la loi ne statue rien sur la gérance et l'administration des sociétés; elle se borne à consacrer ce que les parties ont elles-même décidé. La faculté de coopérer à l'une ou à l'autre est si peu de l'essence de la société, qu'elle peut être interdite même à l'associé en nom collectif; qu'elle est de plein droit prohibée à l'associé commanditaire; ce qui n'empêche pas l'un et l'autre d'être évidemment associés.

Ainsi, et alors même que le croupier ne pourrait administrer, ce serait là un effet spécial de la société qu'il est appelé à contracter. Il demeurerait à l'instar du commanditaire, et ne pourrait, pas plus que lui, répu-

dier, sous ce prétexte, une qualité qu'il aurait sciemment et volontairement assumée.

Maintenant, est-il vrai qu'il ne puisse y avoir ni dissolution, ni partage de la société incidente, avant la dissolution et le partage de la société principale? Il est permis d'en douter. Le contraire était bien positivement admis en droit romain, ainsi que l'enseigne Gaïus: *Item certum est nihil vetare prius inter eum qui admiserit, et eum qui admissus fuerit, societatis judicio agi, quam agi incipiat inter cæteros et eum qui admiserit* [1]. Par quels motifs admettrait-on le contraire en droit français?

Fallût-il décider autrement que ne le faisait le droit romain, tout ce qui en résulterait serait qu'il faudrait reconnaître à la société entre le cédant et le cessionnaire certains caractères spéciaux, dérogeant aux règles de la société ordinaire. Ainsi, de sa nature, elle ne serait pas dissoute par la mort de l'associé, et elle ne serait pas la seule à offrir ce caractère. Nous verrons tout à l'heure qu'il en est de même pour certaines sociétés civiles ou commerciales, notamment pour les sociétés en commandite ou anonymes.

Il y aurait même une raison plus déterminante pour le décider ainsi dans celle entre cédant et cessionnaire. On pourrait, en effet, la considérer comme ayant pour objet une seule, une unique opération, à savoir le partage de la part d'intérêt que produira la liquidation de la société principale. Il en serait donc de cette société comme de celles dont parle Casaregis, lesquelles de-

[1] L. 22, ff. *Pro socio.*

vaient continuer *post mortem socii*, *donec*, *dimissis creditoribus negocii*, *fieri possit capitalium atque lucrorum divisio* [1].

Ainsi, les différences signalées par M. Duvergier, non-seulement ne portent pas sur des conditions essentielles à la société, mais elles ne sont que les conséquences forcées de l'espèce de celle se réalisant entre le cédant et le cessionnaire. Celui qui prend une part dans l'intérêt d'un associé consent, par cela même, à subordonner son action en dissolution et en partage à l'événement seul susceptible de déterminer la chose à partager. Cette association sera plutôt une participation devant continuer jusqu'à achèvement, malgré la mort du coparticipe, qu'une société ordinaire. Mais, comme la participation elle-même, elle n'en constituera pas moins une véritable société.

25. Deuxième condition. — *Objet licite.* — Comme tous les contrats, la société est destinée à créer des obligations et des droits. L'exécution des premières, la poursuite des seconds peuvent devenir l'origine d'une action. La condition essentielle de la recevabilité de celle-ci, c'est qu'il s'agisse d'un objet pouvant en devenir la matière.

Pour qu'il en soit ainsi en matière de société, il faut que le but que se sont proposé les associés n'ait rien de contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Dans le cas contraire, la société, atteinte d'un vice radical, se trouverait frappée d'une nullité vis-

[1] *Disc.* 146, n. 31.

cérale, et n'aurait pu créer un lien obligatoire quelconque. *Traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem* [1].

Or, notre droit considère comme illicite la société formée pour l'exploitation d'une charge d'avoué, de notaire, d'agent de change [2]. Quels seront les effets du contrat souscrit dans ce but?

La nullité résultant de la violation de la loi est radicale et absolue. Quels qu'en soient les termes, l'acte ne saurait créer ni obligations ni droits. Conséquemment la personne qui aurait promis une mise de fonds, mais qui ne l'aurait pas encore versée, ne pourrait être judiciairement contrainte à la réaliser.

26. La difficulté devient plus sérieuse à l'égard de ceux qui ont versé. Évidemment le titulaire ne saurait se refuser au remboursement des sommes par lui reçues. Mais ce remboursement, comment l'opérer en présence des créanciers? Les ayants droit augmentent-ils purement et simplement le nombre de ceux-ci? Peuvent-ils provoquer un règlement pour se faire attribuer une part dans les bénéfices acquis? Peut-on le provoquer contre eux à l'effet de compenser sur leur créance la portion des pertes qu'ils devaient supporter?

Ces questions, envisagées sous le rapport des principes, ne paraissent pas susceptibles de graves difficultés. Participer aux bénéfices, contribuer aux pertes d'une opération est un droit et une obligation inhérents à la

[1] L. 57, ff. *Pro socio*.
[2] Cass., 24 août 1841, J. D. P., t. I, 1842, p. 209.

Digitized by Google

qualité d'associé. En conséquence, si cette qualité illicitement prise n'a jamais pu exister, si elle est contestée et refusée, comment produirait-elle un effet quelconque? Il n'existe donc plus dans les personnes qui se prétendraient associées que de bailleurs de fonds, que des créanciers ordinaires, dont l'unique obligation est, en cas d'insuffisance de l'actif, de subir les chances d'une distribution au marc le franc de leurs créances.

Cependant un arrêt de la Cour de Paris a consacré le système contraire. Tout en déclarant les associés déchus de tout droit au capital social, il les a soumis à supporter leur part dans les pertes.

« Considérant, dit cet arrêt, en ce qui concerne les associés, que, quels que soient la nature et le caractère des conventions intervenues entre eux et Bureaux, ils ont versé à ce dernier des fonds, mais sous des conditions aléatoires qui doivent être subies par eux; qu'on ne peut leur refuser le droit d'être admis au marc le franc à la contribution, mais qu'ils ne peuvent y être admis que pour ce qui restera de leurs capitaux après règlement de leur compte avec Bureaux, et réduction faite desdits capitaux proportionnellement aux pertes résultant des chances qu'ils ont consenti à courir [1]. »

27. La défense des associés était fort simple. Ou nous sommes réellement associés, disaient-ils, et nous devons participer aux dettes; mais, dans ce cas, le

[1] 11 juillet 1836.

fonds capital doit être partagé entre nous, et les créanciers personnels de notre associé n'ont rien à prétendre sur la part nous revenant; ou nous n'avons jamais pu être associés, et, dans ce cas, comment pourrions-nous être tenus des dettes?

Cette défense met en relief le caractère étrange de l'arrêt. Il était difficile d'échapper au dilemme qu'elle offrait: l'arrêt le tourne d'une manière fort inattendue; il annule la société tout en la maintenant. Les associés n'ont qu'un droit de répétition de ce qu'ils ont donné, puisque la société est nulle comme illicite; mais ils contribueront aux pertes parce qu'ils sont associés.

Tel est, en effet, ce qui ressort de l'arrêt, dont l'unique motif est loin d'être satisfaisant. *Quels que soient la nature et le caractère des conventions intervenues entre les parties, elles ont versé entre les mains du gérant des sommes, mais sous des conditions aléatoires qui doivent être subies par elles!* Mais ces conditions étaient la conséquence de la nature du contrat. En échange, elles constituaient les bailleurs copropriétaires du fonds social que ces sommes réunies devaient former; elles leur assuraient une part proportionnelle dans les bénéfices; enfin, elles leur acquéraient la qualité et les prérogatives d'associés. Vous leur enlevez tout cela, et vous prétendez les soumettre aux conditions qu'ils s'étaient imposées dans cette unique intention? cela ne paraît ni logique, ni juste. Ce n'est pas un jugement que vous faites, c'est un contrat nouveau que vous substituez à celui qui liait les parties, et dont la nullité, embrassant toutes les dispositions dans leur

indivisibilité, ne pouvait que les faire condamner toutes.

Ce qui est surprenant, c'est que cet arrêt ait reçu la sanction de la Cour suprême. Le pourvoi dont il fut l'objet fut, en effet, rejeté le 24 juillet 1841.

Quelque profond que soit notre respect pour les hautes lumières de la Cour régulatrice, nous ne pouvons être de son avis dans la circonstance actuelle. Nous ajoutons que ses motifs sont loin de rendre juridiquement raison du principe qu'elle consacre.

« Attendu, dit-elle, que si les conventions contenues audit acte avaient, d'après les lois organiques des offices d'agent de change, une cause illicite, et si, aux termes de l'art. 1131 Code Nap., l'obligation fondée sur une telle cause ne peut produire d'effets, d'après la règle qui ne permet pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui, et qui, par cela même, veut que toute réunion d'intérêts, même fortuite, établisse des rapports et donne des droits pour le provoquer à un règlement et partage, de Boullenois et de Noue devaient partager avec Burcaux les pertes comme les bénéfices qui proviendraient de l'office dont celui-ci était titulaire ; et ils étaient d'autant plus soumis à ce partage, à l'égard de ses créanciers, que ceux-ci n'ayant point participé à la société contractée en 1830, la nullité de cette société ne pouvait leur être opposée [1]. »

Ainsi, malgré la volonté expresse de la loi, une société illicite devra produire les effets d'une société or-

[1] J. D. P., t. I, 1842, p. 209.

dinaire, les bénéfices seront acquis aux associés, au préjudice des créanciers du titulaire, les pertes seront souffertes en commun. Mais alors pourquoi ne pas aller jusqu'au partage du fonds social et à son attribution à chaque associé ? Pourquoi, en un mot, s'il faut en venir à une liquidation, s'écarter du mode ordinairement pratiqué ?

Dans le système de la Cour de cassation, ceux qui ont contracté une société illicite ne deviennent pas des bailleurs de fonds, ils demeurent de véritables associés avec lesquels il faut liquider et partager ; mais dans ce cas que devient la nullité radicale dont l'effet, rétroagissant au jour de la convention, doit entraîner comme conséquence que la société n'a jamais pu exister ?

Les seuls rapports qui aient donc lié les parties sont ceux de capitalistes à emprunteur, ils n'exigent donc que le remboursement par le gérant de ce qu'il a reçu intégralement, s'il le peut ; par contribution au marc le franc avec tous les autres créanciers, si le passif excède l'actif.

En quoi ce résultat blesse-t-il la règle que nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui ? Les prétendus associés ne demandent que la restitution de ce qu'ils ont versé, ils ne s'enrichiront donc pas, alors même qu'ils la recevraient intégralement. Les créanciers n'auront pas à s'en plaindre si eux-mêmes sont payés en entier. En cas d'insuffisance, les associés s'enrichiront si peu qu'ils ne recevront pas ce qu'ils ont déboursé ; réduits au rôle de créanciers, ils ne retireront

que ce que ces derniers recevront eux-mêmes ; ils ne se seront donc pas enrichis.

Ainsi, de quelque manière qu'on envisage la question, on se retrouve placé en présence du dilemme offert par la défense devant la Cour de Paris : la société existe ou n'existe pas ; il ne peut y avoir une troisième solution ; il ne peut pas se faire surtout qu'elle soit considérée comme radicalement nulle, et qu'on lui fasse cependant produire tous ses effets.

Nous repoussons donc la doctrine de l'arrêt de la Cour de cassation comme celle de la Cour de Paris, et, nous résumant, nous dirons avec M. Duvergier : La nullité de l'acte enlève à la convention qu'il consacre tout effet légal, tout lien obligatoire. Il n'y a jamais eu d'associés soumis aux obligations que cette qualité impose. A quelque titre qu'un individu ait avancé de l'argent, il n'a été qu'un simple bailleur de fonds, qu'un créancier ordinaire, ne pouvant pas plus être obligé de contribuer aux pertes, qu'il serait fondé à prétendre retenir une part dans les bénéfices [1].

28. Troisième condition. — *Communauté de choses régie dans un intérêt commun.* — Cette condition exige, de la part de chaque associé, à l'origine du contrat, une participation à la constitution du capital social, pendant toute la durée de la société, et à sa dissolution, une équitable contribution aux bénéfices ou aux pertes.

29. L'art. 1833 Code Nap. pourvoit à la première,

[1] *Des Sociétés*, n. 63.

Digitized by Google

en soumettant chaque associé à fournir une mise de fonds. Ce qu'il faut remarquer dans cette disposition, c'est sa généralité, c'est son immense latitude. *Chaque associé doit apporter de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie*, ce qui comprend virtuellement tout ce qui présente une valeur appréciable. Ainsi, la loi n'exclut rien : choses corporelles ou incorporelles, droits, choses futures et espérées, chances à venir, jouissance et fruits, qualités d'une personne, ses facultés intellectuelles, les inventions de son esprit, le travail de ses mains, sa clientèle, en un mot les attributs utiles d'une chose, sa destination vénale, peuvent devenir l'objet d'une mise de fonds réelle et suffisante.

30. L'apport qu'un commerçant ferait de son nom constituerait-il une mise de fonds telle que l'exige la loi ? Il est incontestable que le crédit est, en commerce, d'une valeur inappréciable. Or, le crédit s'attache surtout à la personne qui, par ses antécédents commerciaux, par une réputation de loyauté, de probité, de fortune, est signalée depuis longtemps à l'estime et à la considération de tous : mettre la société sous le patronage d'un nom pareil, c'est attirer sur elle cette considération et cette estime ; c'est lui ménager un crédit assuré ; c'est lui assurer immédiatement toutes les chances de succès. Pourquoi donc ce nom ne constituerait-il pas une mise sociale ? La position qu'il fait à la société n'est-elle pas infiniment plus précieuse que celle que lui ferait un capital quelconque ?

Cependant, un de nos plus célèbres jurisconsultes,

M. Troplong, n'admet l'affirmative qu'à condition que l'apport du nom sera accompagné d'une coopération effective, rendant efficace la responsabilité sur laquelle les tiers ont compté [1].

J'en demande pardon à notre illustre maître, mais le but qu'il se propose est atteint par la seule force des choses, et indépendamment de toute coopération. Notons bien, en effet, qu'un apport de la nature de celui dont nous nous occupons ne se réalisera jamais que dans les sociétés commerciales; ce sera donc uniquement pour en faire la raison sociale qu'on recherchera un nom justement célèbre et honoré. Cela acquis, qu'importe que son propriétaire coopère ou non à l'administration. Par cela seul que son nom figure dans la raison sociale, ou forme cette raison de son consentement, sa responsabilité envers les tiers est engagée dans ses plus extrêmes limites. Vainement voudrait-il la répudier, sous prétexte qu'il est resté étranger aux opérations, on lui répondrait, aux termes des art. 21 et 22 du Code de commerce: Vous avez accepté la qualité d'associé en nom collectif, comme tel vous êtes solidairement tenu de tous les engagements contractés au nom de la raison sociale.

Le but que se propose la condition exigée par M. Troplong est donc atteint de plein droit. Dès lors la condition devient sans objet et complétement inutile. Rien donc ne saurait empêcher de considérer, comme une mise de fonds suffisante et réelle, l'apport pur et sim-

[1] *Des Sociétés*, art. 1833, n. 116.

ple d'un nom faisant rejaillir sur la société l'immense crédit dont il dispose [1].

31. Les choses versées à la société comme mise de fonds auront été concédées à un des trois points de vue suivants : ou quant à leur propriété, ou quant à leur jouissance, ou seulement quant à leur destination vénale.

Dans le premier cas, la perte de la chose, survenue depuis la mise en mouvement de la société, est à la charge exclusive de celle-ci; elle n'est pas même dissoute, à moins que la chose ne fût l'objet unique ou principal de l'exploitation sociale.

Dans le second, la perte de la chose est pour le compte de l'associé qui s'en est réservé la propriété. Mais, ainsi que nous le verrons plus bas, la société est dissoute. La mise de fonds est censée se renouveler à chaque époque de l'exigibilité de la jouissance; celle-ci cessant d'une manière absolue par la perte de la chose, l'associé ne pourrait plus fournir ultérieurement la mise promise, et ne pourrait dès lors conserver la qualité d'associé [2].

Lorsque la société a pour objet la destination vénale d'une chose, il est évident qu'elle ne peut exister que lorsque, par l'aliénation de celle-ci, on a réalisé la valeur qui doit se partager dans les proportions convenues. Ulpien donne pour exemple d'une société de ce genre l'hypothèse suivante : Vous avez trois chevaux et moi un; l'espoir d'en tirer un meilleur parti en les

[1] Conf., Pardessus, n. 384; Delangle, t. I, n. 60.
[2] *Vid. inf.*, n. 55.

vendant tous quatre réunis nous inspire la pensée de nous associer à l'effet de les vendre pour un seul et même prix, à répartir trois quarts pour l'un et un quart pour l'autre. Une pareille société n'a pas pour but l'usage commun des quatre chevaux, elle ne se propose qu'un seul objet, à savoir, profiter de l'élévation du prix produit par la vente simultanée. *Non enim habendæ quadrigæ, sed vendendæ, coitam esse societatem*[1]. Conséquemment, les chevaux n'ont jamais formé entre nous un fonds social; ce qui devait former celui-ci c'était uniquement le produit de la vente.

De là la conséquence que si mon cheval vient à périr avant la vente, la perte en restera exclusivement pour mon compte, sans que vous ayez à m'indemniser, ni que j'aie rien à prétendre sur le prix de vos trois chevaux. La mort du cheval a rendu toute société impossible, puisque l'existence de celle-ci exigeait l'exécution de la vente des chevaux réunis.

En réalité donc, contracter avec un tiers sur la destination vénale d'un objet ne constituera qu'une promesse dont l'effet sera d'empêcher chaque propriétaire de vendre séparément la chose qu'il ne doit vendre qu'en la réunissant à celle de l'autre. La mise de fonds sera donc parfaitement déterminée, mais elle ne sera effectuée qu'au moment où l'aliénation convenue se réalisera. Dès lors, cette hypothèse rentre sous l'empire de la règle édictée par le premier paragraphe de l'ar-

[1] L. 58, ff. *Pro socio.*

ticle 1867 Code Nap., et la perte de la chose, avant que l'apport en soit effectué, dissoudra la société [1].

La mise de fonds est acquise à la société du jour où elle a commencé ses opérations. La chose la constituant échappe à la propriété privée de chaque associé pour devenir celle de tous. Celui qui l'a promise, soit en argent, soit en meubles ou immeubles, est en demeure légale de l'effectuer, et faute par lui de le faire, il est, dès ce moment, débiteur du capital et des intérêts ou fruits. Dès ce moment aussi, l'associé industriel ne peut personnellement s'appliquer les résultats de l'industrie promise, il est tenu de rapporter à la masse tout ce qu'il en aurait retiré. Dans l'un et l'autre cas, l'associé retardataire est également tenu de réparer le préjudice que l'inexécution de son engagement aurait occasionné à la société.

32. La destination du fonds capital, que la réunion des mises sociales constitue, est de pourvoir aux développements des opérations de la société, d'être affectée au payement des créanciers de préférence aux associés ou à leurs héritiers. Cette affectation est tellement rigoureuse que ce capital ne peut être diminué pendant la durée de la société. Ainsi la partie qui, d'un commun accord, en aurait été retirée en temps de prospérité, devrait être recomblée si des revers ultérieurs laissaient les créanciers à découvert et rendaient insuffisantes les ressources actuelles de la société.

33. Mais si le fonds capital ne peut pas être dimi-

[1] *Vid. infra*, n. 56.

Digitized by Google

nué, rien n'empêche de l'augmenter au fur et à mesure des besoins de la société. A cet égard, il importe de remarquer que cette augmentation doit être consentie par tous les associés, sans que la majorité puisse l'imposer à la minorité. Sans doute, dans la société comme dans toutes les assemblées, la première doit avoir la plus haute, la plus légitime influence; le succès et l'ordre sont à ce prix : mais cette influence doit se restreindre aux actes d'administration et au mode qu'il convient de donner à celle-ci.

Délibérer une augmentation du capital, ce n'est pas administrer, c'est changer la nature du contrat, c'est en aggraver les charges au delà même de toute possibilité à l'égard de certains associés ; il n'était donc ni équitable, ni rationnel de laisser un pareil pouvoir à la majorité.

Il est vrai que le refus de la minorité peut avoir pour résultat de condamner la société à l'impuissance et de la forcer à se dissoudre ; mais tout ce qui ressort de cette éventualité, c'est la nécessité de la prévoir et d'y remédier dans le pacte social lui-même. Il n'est pas douteux que la clause conférant à la majorité la faculté de voter un supplément de fonds ne dût être exécutée par tous.

34. La société, organisée par les mises sociales des divers membres qui la composent, doit être exploitée dans leur intérêt commun. Cette condition exige que chacun d'eux prenne une part dans les bénéfices ainsi que dans les pertes. A défaut de détermination dans

l'acte social, la loi veut que cette part soit proportionnée à la mise de chacun.

C'est là une règle essentielle à la société, mais sur l'exécution de laquelle la loi s'en réfère complétement à la libre stipulation des parties. Pourvu que chacune d'elles reçoive son contingent de bénéfices, supporte sa part de pertes, son but est atteint, quelle que soit la proportion convenue, pourvu toutefois qu'elle ne fût pas tellement illusoire qu'elle dût être considérée comme la violation indirecte de sa volonté.

35. Il est évident, en effet, que l'égalité entre associés ne pouvait être régie par les inspirations sous l'empire desquelles se place celle entre époux communs, celle entre cohéritiers. Le concours personnel d'un associé peut être pour la société d'un prix fort au-dessus d'une somme d'argent. Il convenait donc de permettre que la proportion de ce qu'il devra recevoir se calculât plutôt sur l'importance de sa coopération personnelle que sur la mise de fonds qu'il a apportée dans la société.

C'est cette considération qui a fait admettre l'apport de l'industrie comme mise de fonds suffisante. L'associé industriel pourra donc recevoir dans les bénéfices autant et même plus que l'associé qui a versé les fonds. Dans l'un et dans l'autre cas, il ne reçoit que l'équivalent légitime des ressources qu'il procure à la société.

36. Par le même motif, la loi qui, d'office, crée une proportionnalité égale entre la part aux bénéfices et celle aux pertes, laisse les parties libres d'en décider autrement. Ainsi, l'une d'elles pourra avoir la moitié

dans les bénéfices, et un quart ou un tiers seulement dans les pertes. Une convention de cette nature, tendant à favoriser la société, n'était pas de nature à être écartée. La loi ne pouvait se montrer, en matière d'intérêts privés, plus difficile, plus rigoureuse que les parties elles-mêmes.

Mais ce qu'elle prohibe formellement, c'est que sous un prétexte quelconque, c'est que par ruse, adresse ou violence, l'un des associés, s'attribuant la part du lion, puisse exclusivement profiter des bénéfices, ou que, par abus de sa position, il obtienne que sa mise sera affranchie des pertes. Si de pareilles stipulations avaient été tolérées, la société serait bientôt devenue le plus inique des contrats, *iniquissima societas*[1].

Ses exigences ne pouvaient aller au delà, sans l'exposer à méconnaître et à violer des droits légitimes et sacrés. Nous venons de le dire, la proportionnalité entre associés tient à une foule de circonstances qu'il fallait tenir en sérieuse considération. Ainsi, de deux associés apportant une mise de fonds égale, l'un est complétement étranger aux opérations qu'ils vont entreprendre ; l'autre, au contraire, fort versé dans leur pratique, a acquis une expérience consommée. La coopération de celui-ci est donc beaucoup plus précieuse que celle du premier, et c'est sur lui que, pendant un certain temps, reposera tout le poids du commerce. L'exigence d'être plus favorablement placé en regard des résultats n'est donc qu'une prétention

[1] L. 29, ff. *Pro socio*.

naturelle et juste. Cette exigence est satisfaite par l'attribution d'une quotité plus forte dans les bénéfices, ou d'une quotité moindre dans les pertes.

37. Ce sont ces aperçus qui ont dirigé le législateur, notamment en ce qui concerne l'associé purement industriel : celui-ci obtient ordinairement une part dans les bénéfices, sans être tenu de contribuer matériellement aux pertes; cela est équitable, surtout lorsque cet associé ne reçoit aucun salaire. Alors, en effet, l'absence de tout bénéfice rendant son industrie infructueuse, il perd réellement ce qu'il en aurait retiré s'il l'eût louée ailleurs.

Mais la loi permet plus encore. L'associé industriel peut, outre une part dans les bénéfices, stipuler une retenue mensuelle ou annuelle, à titre d'appointements. Mais, relativement à la société, il faut distinguer : ou le salaire qu'il reçoit est inférieur à ce que pourrait raisonnablement produire son industrie, ou il comprend tout ce qu'il pourrait s'en promettre.

Dans le premier cas, il y a société; car, s'il y a perte, l'associé industriel y contribuera en ce sens qu'il ne retirera rien de la partie de son industrie qui n'est pas salariée.

Dans le second, il serait difficile de reconnaître une société, puisque l'un des associés serait incontestablement affranchi de toute perte; mais le contrat ne serait pas annulé pour violation de l'art. 1855, il vaudrait pour tous les associés. Seulement, en ce qui concerne l'associé industriel, il dégénèrerait en un véritable louage d'industrie sous condition aléatoire; cet associé

ne serait en réalité qu'un commis intéressé dans les bénéfices.

38. Il n'y a de société possible qu'aux trois conditions que nous venons d'examiner ; leur ensemble fixe donc le caractère du contrat et détermine les obligations et les droits respectifs des associés.

La première de ces obligations est, sans contredit, celle de réaliser la mise que chacun s'est soumis à verser. Nous venons de le dire, l'exploitation de la société rend cette mise à tel point exigible, que, de plein droit, les revenus et fruits des choses la composant, que les intérêts de celles à verser en argent, sont acquis à la société.

Nous avons dit aussi que, comme conséquence des devoirs des associés envers la société, les art. 1848 et 1849 règlent leurs rapports avec les débiteurs de la société; ils ne peuvent préférer leur propre créance à celle de la société; et celui d'entre eux qui aurait reçu sa part de la dette commune est obligé d'en rendre raison à la masse, si l'insolvabilité ultérieure du débiteur la laisse en souffrance.

39. Enfin, l'art. 1850 déclare les associés responsables de leur faute, et tenus à des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'ils auraient occasionné à la société. Dans aucun cas, ils ne pourraient compenser ces dommages-intérêts avec les profits qu'ils auraient procurés dans d'autres affaires.

La faute dont l'associé répond est la faute même légère; cependant l'appréciation de sa conduite doit être assez équitable pour qu'on ne lui fasse pas un tort de

ce qui ne serait qu'une erreur d'appréciation, comme, par exemple, si, de bonne foi, il s'était abstenu d'une opération qui aurait procuré des bénéfices, ou s'il en avait entrepris une dont il serait résulté une perte. Ce n'est pas par l'événement qu'on doit juger des choses, car le commerce ne voit pas toujours se réaliser les prévisions de celui qui l'exerce.

D'ailleurs l'associé ne peut être responsable que dans les limites de sa capacité et de son intelligence. Il remplit son devoir lorsqu'il consacre aux affaires sociales le zèle et le soin qu'il met à diriger les siennes propres. On ne saurait donc lui faire un reproche de ne s'être pas conduit comme aurait pu le faire un homme plus habile.

Mais la faute relativement acquise, la nécessité d'en réparer les conséquences ne saurait être méconnue, pas même en considération des bénéfices que l'associé aurait, dans d'autres circonstances, procuré à la société. Il n'a fait en cela qu'accomplir un devoir, et cet accomplissement ne peut jamais devenir l'excuse de la faute.

40. Nous avons dit tout à l'heure qu'un associé peut toujours, sans le consentement de ses coassociés, admettre un tiers à la participation de son intérêt. Du cédant au cessionnaire, avons-nous dit, il y a une véritable société. Chacun d'eux est dès lors tenu envers l'autre de la même manière que le sont les associés entre eux.

Mais du croupier aux associés principaux, il n'y a aucun lien, et conséquemment ni obligation ni action.

Dès lors, si, appelé à administrer la chose sociale, le croupier parvient par son industrie à réaliser des bénéfices, il n'en doit compte qu'à son propre associé.

Les associés principaux ont, il est vrai, une action pour faire rapporter à la masse tout ce que la chose commune a produit; mais cette action, ils ne peuvent l'intenter que contre leur associé. Le croupier leur est resté complétement étranger; ils ne seraient donc pas recevables à le rechercher, si ce n'est comme exerçant les droits du cédant lui-même.

Si, dans la même hypothèse, le croupier a mal administré; s'il a commis une faute; si, touchant des produits sociaux et devenu insolvable, il ne peut les restituer, c'est encore au cédant qu'incombe la responsabilité à l'égard de ses associés : cette responsabilité n'est que la conséquence de la faute qu'il aurait personnellement commise en choisissant mal son associé, et surtout en lui confiant une administration dont il était indigne.

De son côté, le croupier n'a personnellement rien à réclamer aux associés de son cédant; celui-ci seul est responsable envers lui, soit des bénéfices réalisés dans la société principale, soit des conséquences ou fautes susceptibles de diminuer ou d'absorber ces bénéfices [1].

Notons bien que dans toutes ces hypothèses l'action refusée soit aux associés principaux, soit au croupier, est l'action directe *pro socio;* on ne saurait leur refuser de s'actionner mutuellement, en vertu de l'art. 1166

[1] L. 22, ff. *Pro socio*; Pothier, *Des Sociétés*, n. 93.

C. Nap., et comme exerçant les droits de leur débiteur; mais, dans ce cas, ils subiraient les conséquences de cette action, celle notamment d'être repoussés par les exceptions opposables au débiteur lui-même. A plus forte raison le pourraient-ils si le demandeur attaquait l'acte comme fait en fraude de ses droits.

41. Nous venons de voir que l'associé qui s'est donné un croupier répondait de l'insolvabilité de celui-ci envers ses associés principaux. Est-il également tenu de l'insolvabilité de ces derniers en faveur de son cessionnaire?

Un grave dissentiment s'est élevé en doctrine sur cette question. L'affirmative est enseignée par M. Merlin[1]. MM. Duvergier et Troplong enseignent l'opinion contraire[2].

L'obligation du cédant vis-à-vis de ses associés primitifs repose sur un fondement juridique. Il a commis une faute en se donnant un associé insolvable, en lui confiant l'administration de choses appartenant à la société. Conséquence de cette faute, sa responsabilité n'est que l'application de l'article 1850. Il ne serait pas juste que les associés vissent leur position s'aggraver par un acte auquel ils sont restés étrangers, et qu'ils n'ont pu empêcher.

La même raison existe-t-elle du croupier au cédant? Le premier peut-il dire au second : Vous avez seul choisi vos associés; répondez donc du tort que vous

[1] *Questions de Droit*, v° CROUPIER.

[2] *Des Sociétés*, n. 380. Sur l'art. 1861, n. 762.

avez eu de mal placer votre confiance? Évidemment, non; car, lorsqu'il a traité, il a nécessairement connu le personnel de la société à laquelle il a consenti à s'adjoindre; et l'acceptation d'une part d'intérêt, en l'état de cette connaissance, implique, lorsqu'il n'a rien stipulé sur l'insolvabilité des associés principaux, sa soumission à accepter la société telle qu'elle est constituée avec ses éléments préexistants de prospérité et d'infortune. Il s'est donc volontairement soumis à toutes les chances de l'administration, telle que l'avait faite le contrat primitif.

Quelle est, d'ailleurs, l'obligation que contracte l'associé qui se donne un croupier? Uniquement celle de partager avec lui tout ce qu'il retirera de la société dont il est membre. *Quidquid fuerit de societate nostra consecutus, cum illo qui eum assumpsit communicabis.* Or, quelle est la part que reçoit le cédant lorsque les bénéfices sont absorbés par l'insolvabilité de ses associés? Une créance sur eux; et puisqu'il n'est tenu que de partager ce qu'il reçoit, il remplit son obligation en abandonnant une part de cette créance. C'était là une des chances de la société : le croupier a pu et dû la prévoir; il pouvait en empêcher les effets, en soumettant son cédant à l'en garantir. Il ne peut donc se plaindre si, négligeant ce soin, il est forcé de la subir.

42. Faut-il conclure de là, comme paraît le faire M. Merlin, que le cédant pourra contraindre son croupier à contribuer à toute la perte qu'il éprouvera lui-même, par suite de l'insolvabilité de ses associés? C'est

ce que nous ne pouvons admettre, c'est ce qui ne pourrait être admis sans aboutir à une iniquité. Ainsi, supposez qu'en vertu de la solidarité commerciale le cédant soit obligé de payer l'intégralité du passif de la société première, par suite de l'insolvabilité de ses associés, est-ce qu'il pourrait dire à son croupier : Je suis en perte de toutes les sommes que j'ai payées, indemnisez-moi sur cette proportion, jusqu'à concurrence de l'intérêt que je vous ai cédé ? Consacrer l'affirmative serait, nous le répétons, aboutir à une flagrante iniquité ; car on arriverait ainsi à mettre à la charge du croupier la moitié de la perte de la société principale.

Or, quoi qu'il arrive, cette perte ne peut être à sa charge que pour la quotité d'intérêt qu'il a prise, et relativement à la portion que son cédant devait supporter. On devra donc, dans tous les cas, liquider cette portion, et la répartir entre le cédant et le cessionnaire, dans la proportion indiquée par la cession. Que si le premier est obligé, indépendamment de cette portion, de payer celle de ses coassociés insolvables, il ne pourra se faire restituer par son croupier, devant, par sa position, rester tout à fait étranger à ces mêmes portions.

Ainsi, de quelque manière que la perte se réalise, le croupier doit supporter celle qui échoit à son associé. Vainement exciperait-il de l'insolvabilité des associés principaux, inutilement prétendrait-il qu'au lieu d'une perte il y aurait un bénéfice si ceux-ci avaient pu s'exécuter. Son cédant lui répondrait avec

raison : Donnez votre part de ce que j'ai à payer ; je ne vous ai pas garanti la solvabilité de mes associés. Tout ce que je dois faire, c'est de vous céder proportionnellement la créance que j'aurai contre eux.

Mais cette même prétention serait irrecevable pour la perte que le cédant n'était pas appelé naturellement à supporter. Ainsi, si, débiteur solidaire, il paye la part de ses codébiteurs, il ne peut avoir de recours, quant à ce, que contre les codébiteurs eux-mêmes, et jamais contre son croupier, qui, en droit et en fait, ne s'y est jamais soumis.

Nous verrons, sous l'article 22, quelle est la nature des engagements des associés envers les tiers. Nous nous bornons ici à l'examen de la position du croupier vis-à-vis des créanciers de la société principale, et de ceux personnels de son cédant.

43. Le croupier, n'ayant jamais fait partie de la société principale, n'a contracté aucune obligation envers les créanciers de celle-ci. Il ne pourrait donc, sous aucun prétexte, être directement actionné par eux. Ils ne sauraient l'atteindre qu'en exerçant l'action de l'article 1166.

De là il résulte qu'ils ne pourraient jamais demander et obtenir plus que ce que leur débiteur pourrait exiger lui-même. Tout se réduirait donc à la part déterminée dans l'acte de cession. Le croupier, pouvant leur opposer toutes les exceptions opposables au cédant, il serait admis à se prévaloir contre eux de l'acte de dissolution intervenue entre celui-ci et lui, ayant

les pertes à l'occasion desquelles il serait poursuivi[1]. Si cet acte était sous seing privé, les créanciers ne pourraient en récuser l'autorité que par l'action de l'article 1167, et par la preuve qu'il a été fait en fraude de leurs droits.

44. Le croupier a, sur la part d'intérêt qui lui a été cédée, un droit de préférence sur les créanciers personnels de son cédant. Le contrat intervenant entre eux à ce sujet est plutôt une vente qu'un transport. Le croupier est donc, par l'effet de cet acte, de plein droit saisi de la propriété qui lui a été transférée, et qui, dès cette époque, lui a été définitivement acquise. Mais, pour que la vente puisse être opposée aux créanciers saisissants, il faut qu'elle soit constatée.

De ce caractère du contrat, M. Troplong a induit, avec juste raison, que le croupier n'est pas tenu de signifier son titre à la société. En effet, l'article 1690 C. Nap. n'est fait que pour la transmission des droits incorporels, et ne saurait régir la mise en société d'une chose quelconque. En réalité, d'ailleurs, le croupier ne peut devenir membre de la société principale, qui ne le connaît pas, qui ne deviendrait pas son obligée par l'effet de la signification, puisque le contraire est subordonné au consentement de ses membres, sans lequel le croupier lui reste absolument étranger. La signification serait donc inutile; car, après comme avant, la société n'aurait pas admis que son auteur fût au lieu et place de son cédant; qu'elle ne dût avoir affaire qu'à lui; ni

[1] Cass., 8 prairial an XIII.

qu'il eût assumé sur sa personne le titre établissant des rapports entre elle et celui-ci [1].

Le croupier est donc, de plein droit, saisi de la propriété de la part lui revenant dans les objets corporels, les deniers, les meubles ou titres au porteur. Les uns et les autres lui sont acquis par la seule force de son titre, et à l'exclusion de tous créanciers personnels du cédant. Mais si celui-ci avait, dans le partage de la société, des titres de créances ordinaires, et qu'il en cédât une quotité quelconque au croupier, celui-ci ne serait définitivement saisi contre les tiers que du jour de la signification au débiteur cédé. L'article 1690 reprendrait ici son empire.

45. Après avoir établi les obligations des associés, la loi détermine les droits afférant à chacun d'eux contre la société. Tel est l'objet des articles 1852 et 1859 C. Nap.

En résumé, l'état de société impose aux associés les obligations suivantes :

1° Apport de la mise convenue, qui devient, du jour de la mise en mouvement de la société, la chose de tous, soit qu'elle doive se réaliser en espèces, en effets mobiliers ou immobiliers, ou seulement en industrie ;

2° Nécessité de se tenir respectivement compte de ce qui a été perçu des débiteurs de la société ;

3° Réparation du dommage résultant de la faute, même légère ;

[1] Sur l'art. 1861, n. 765. *Conf.*, Duranton, t. XVII, n. 445. Duvergier, nos 378, 379.

4° Enfin contribution aux pertes, dans les proportions réglées par le contrat, et à défaut par la loi [1].

De son côté la société est tenue :

1° De contribuer aux dépenses communes. Chaque associé a donc le droit de contraindre les autres à faire avec lui celles qui sont nécessaires pour la conservation des choses sociales;

2° De rendre l'associé indemne, non-seulement à raison des sommes qu'il a déboursées pour elle, mais encore à raison des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour les affaires de la société, et des risques inséparables de sa gestion;

3° Enfin, de départir à chaque associé une part dans les bénéfices [2].

46. Ces règles, relatives à la constitution de la société et à son administration, ainsi tracées, le législateur s'est occupé des causes qui peuvent et doivent en amener la dissolution. Ces causes proviennent, les unes de l'acte social lui-même, les autres d'un fait particulier à un associé, les autres enfin, d'une circonstance fortuite et indépendante de la volonté humaine. Nous allons les examiner dans l'ordre même dans lequel elles sont énumérées dans l'art. 1865 C. Nap.

PREMIÈRE CAUSE. — *Expiration du terme convenu pour la durée de la société.* — La société étant un contrat consensuel ne saurait exister sans la volonté bien prononcée de tous ceux qui sont appelés à en

[1] Voy. art. 1845, 1846, 1847, 1848, 1849 et 1850 C. Nap.

[2] Voy. art. 1852, 1853, 1854 et 1859 C. Nap.

faire partie. En conséquence, si, dans son expression, cette volonté a formellement déterminé les limites de sa durée, il est évident qu'elle ne peut survivre à l'échéance du terme convenu, et que celle-ci se réalisant, le contrat est par cela même épuisé; chaque partie peut donc se considérer comme légalement déchargée de ses engagements. Aucune difficulté sérieuse ne saurait s'élever cet égard.

47. Il est une seule hypothèse dans laquelle l'expiration du terme n'entraînerait pas la dissolution immédiate de la société; à savoir, si les parties, ayant calculé la durée probable de ses opérations, en avaient approximativement fixé le terme. Dans ce cas, en effet, ce que les parties se sont proposé, c'est l'achèvement des opérations. Le terme n'a été calculé qu'en prévision de cet achèvement, et que parce qu'on a cru que celui qu'on adoptait serait suffisant. Il importe donc peu qu'il y ait eu erreur de leur part, leur véritable intention ne saurait être douteuse, et quels que soient les termes dans lesquels elles l'aient annoncée, la société ne finira qu'avec l'achèvement de ses opérations.

48. La dissolution par l'expiration du terme n'est pas tellement absolue, qu'elle soit inévitable pour les associés. De même qu'ils pourraient contracter une société nouvelle, de même ils auraient la faculté de proroger celle qui vient d'expirer.

D'associé à associé, cette prorogation ne pourrait être admise que s'il était établi que chacun d'eux l'a consentie. Ce consentement, aux termes de l'article

1866, devrait être établi par écrit, puisque la prorogation est soumise au mode de preuve exigé pour la constitution de la société elle-même par l'art. 1834 C. Nap.

Cependant il ne faudrait pas donner à cette disposition le sens restrictif qu'elle paraît comporter. Remarquons, en effet, que quant aux sociétés civiles, le législateur, en exigeant la preuve écrite, ne prescrit rien sur la forme de l'instrument dont cette preuve doit résulter. De plus, le commencement de preuve par écrit ferait admettre la preuve testimoniale. Ainsi l'existence de la société n'exige pas celle d'un contrat authentique ou formel. La preuve pourrait en être fournie par tout écrit émané de celui qui la conteste, notamment de sa correspondance; il en serait de même pour la prorogation.

Des associés aux tiers, la prorogation résulte de la continuation des opérations sociales au vu et su et sans réclamation de la part des associés; il ne peut pas être, en effet, que par une coupable collusion, les associés puissent, en faisant disparaître les traces de la prorogation, soustraire quelques-uns d'entre eux aux conséquences d'engagements qu'ils avaient autorisés, et occasionner ainsi un grave préjudice aux tiers de bonne foi. Nous verrons plus tard les modifications que les prescriptions de la loi commerciale peuvent faire subir à cette règle[1].

49. Deuxième cause de dissolution. — *Extinction de*

[1] *Vid. infra.*, art. 46.

la chose, ou consommation de l'opération. — Nous venons de voir que l'échéance du terme entraînait la dissolution de la société; ce terme n'a pas toujours besoin d'être stipulé, il résulte quelquefois de la nature même de la société, comme si deux ou plusieurs personnes s'étaient réunies pour se livrer à une opération déterminée. La durée de la Société est forcément indiquée; elle subsistera tant que l'opération ne sera pas achevée, la fin de celle-ci dissoudra l'autre, car du moment de sa liquidation, la Société n'a plus ni matière, ni objet, ni but.

Ainsi, nous nous associons pour la construction d'un monument, pour la confection d'une partie de travaux publics dont nous rapportons l'adjudication; pour spéculer sur la récolte de vin ou d'amandes de l'année courante. Toutes ces associations sont régies par le deuxième paragraphe de l'art. 1865. La consommation de l'opération amène naturellement et forcément leur dissolution.

50. L'art. 1867 C. Nap. développe le principe posé par l'art. 1865, relativement à l'extinction de la chose; sa rédaction donne naissance à une foule de reproches sur son peu de précision et de clarté. Essayons d'en fixer la portée réelle.

Notons d'abord une différence essentielle entre ces deux articles. L'art. 1867 s'occupe exclusivement de la mise de fonds des associés, l'art. 1865 dispose en général pour le fonds capital lui-même; il est évident que la perte complète, absolue de celui-ci dissoudrait la société: avec quoi, en effet, continuerait-elle ses opé-

rations? elle a perdu ce qui devait en faire l'aliment unique. Comprendrait-on, d'ailleurs, une société en l'absence d'une communauté de choses? Aussi Ulpien, après avoir rappelé que la perte de la chose amenait la dissolution de la société, s'écriait-il : *Res vero cum aut nullæ relinquantur, aut conditionem mutaverint : neque enim ejus rei, quæ jam nulla sit, quisquam socius est* [1].

Il est regrettable que notre législateur n'ait pas également précisé sa pensée; mais la raison supplée au défaut d'expression. Il est évident que l'art. 1865 n'a entendu parler que du fonds social, dont la perte est nécessairement, inévitablement une cause de dissolution. Peu importe dès lors que les propriétaires qui l'ont formé aient transmis la propriété ou seulement la jouissance des choses qu'ils y ont apportées. Dans l'un comme dans l'autre cas, la société n'en a pas moins perdu son patrimoine commun, n'est pas moins privée de base et d'objet, et, par conséquent, pas moins impossible. Dans ce sens l'art. 1865 ne renferme ni équivoque, ni obscurité.

Mais il fallait prévoir le cas où, sans porter sur le fonds capital en intégralité, la perte atteindrait une des mises sociales. C'est cette hypothèse dont s'occupe l'art. 1867, et nous allons voir que sa disposition ne mérite peut-être pas tous les reproches qu'on lui a adressés.

51. Relativement à la mise des associés, la loi dis–

[1] L. 63, § 10, ff., *Pro socio.*

tingue : ou elle n'est encore que promise, ou elle est déjà effectuée.

La mise n'est que promise lorsque l'acte de société étant signé, et l'apport de chacun des associés convenu, on a fixé l'époque à laquelle devra commencer la société. Jusque-là, en effet, cette société n'est qu'un projet définitif, qui ne se convertira en acte que du jour où elle se livrera aux opérations qu'elle s'est proposée pour objet. Conséquemment, si la chose promise vient à périr avant, cette perte est pour le compte exclusif de celui qui s'était engagé à la verser, par cette raison décisive que la société n'existant pas encore ne pouvait en avoir la propriété, et que la chose périt pour son propriétaire.

Que si la société fonctionne déjà, il n'y aura également que mise promise, si le versement de l'apport a été subordonné à l'expiration d'un délai ou à la réalisation d'une condition ou d'un événement futur.

Ainsi, j'adhère à une société déjà existante, et je promets de verser pour mise de fonds une chose déterminée; mais, n'ayant pas au moment où je m'engage la libre disposition de cette chose, je stipule que je ne la livrerai que dans le délai d'un ou de plusieurs mois.

Ou bien la chose que je promets ne sera en ma possession que plus tard, et je ne prends l'obligation de la livrer qu'après que je l'aurai reçue moi-même. Supposez que je me sois engagé à verser une marchandise qui m'est expédiée sur un navire désigné, à l'arrivée duquel je devrai opérer le versement.

Dans l'un et l'autre cas, la société est conditionnelle

et soumise à un événement futur et incertain ; il y aura sans doute dans le contrat un lien de droit, mais l'efficacité de ce lien sera elle-même subordonnée à la réalisation de la condition, laquelle est nécessairement, dans les exemples que nous avons pris, la libre disposition de la chose à l'expiration du délai convenu, l'heureuse arrivée du navire porteur de la marchandise.

Conséquemment, la perte de la chose rendant cette réalisation impossible dissout la société, ou plutôt empêche que la société ait jamais existé autrement qu'en promesse. D'autre part, cette perte ne saurait concerner que l'associé, puisqu'il n'aurait perdu la propriété de la chose que si, au temps voulu, il avait été en mesure de la livrer, ce qu'il n'a jamais fait, ce qu'il n'a pu faire.

52. Si la mise consiste dans le transfert de la propriété et qu'elle ait été effectuée, la perte est pour le compte de la société ; elle ne produirait pas d'autres effets que toute autre perte survenue pendant la durée de la société et dont chaque associé doit supporter sa part ; elle ne dissoudrait donc pas la société, à moins que la chose perdue ne fût l'objet principal de l'association. Dans ce cas, la perte portant sur le capital social, elle rentrerait sous l'application de l'article 1865.

Ici la difficulté ne saurait s'offrir sur l'effet de la perte; elle ne peut porter que sur la condition exigée par la loi. Quand devra-t-on considérer la mise comme effectuée? Faudra-t-il que l'obligation ait été suivie d'une tradition effective?

Ces questions pourraient être douteuses, si les principes généraux du droit ne les avaient déjà formellement résolues. Or, les art. 711, 1138 et 1583 sont on ne peut plus précis. Du jour donc où la livraison a dû s'opérer, c'est-à-dire, dans l'espèce, du jour où la société a réellement commencé ses opérations, la tradition s'est réalisée par le seul effet de la loi et de la convention, la propriété de toutes les mises a été acquise, elles sont donc de plein droit effectuées.

53. M. Pardessus enseigne le contraire. «L'art. 1867, dit-il, a fait une sage exception aux principes ordinaires, une concession spéciale au contrat de société, qui, ayant un besoin essentiel de l'objet promis, ne peut être parfait que par la tradition effective [1]. »

Cette doctrine tend à créer une exception que rien n'autorise, à notre avis. Le besoin qu'éprouve la société de l'objet qui y a été versé ne peut être plus urgent que celui du créancier ou de l'acquéreur, dans les hypothèses des art. 1138 et 1583. Or, puisque, pour ceux-ci, ce besoin n'a pas été pris en considération, on ne voit pas pourquoi on déciderait le contraire pour les associés.

D'ailleurs, si, en fait, le besoin était aussi urgent que le suppose M. Pardessus, il est évident que la société aura pris la précaution de mettre l'associé en demeure par l'un des modes indiqués par l'art. 1139 C. Nap. Dans ce cas, la perte ultérieure demeurera pour le compte exclusif de celui-ci.

[1] N. 988.

En l'absence de cette précaution, le principe *res perit domino* ne comporte aucune exception; or, la société, du jour de sa constitution définitive, est tellement propriétaire de l'universalité des mises, qu'elle perçoit de plein droit les intérêts ou les fruits de chacune d'elles.

54. « Mais, disent MM. Malepeyre et Jourdain, si les dispositions de l'art. 1138 C. Nap. étaient applicables aux sociétés, il est évident que la perte arrivée après la promesse, mais avant la tradition, ne détruirait pas la société; elle n'est rompue que parce qu'elle n'a jamais été propriétaire, et que l'associé étant dans l'impossibilité de remplir son obligation, la convention synallagmatique est brisée[1]. »

Cet argument est au moins étrange, car le principe admis, et il est incontestable, on ne voit pas le profit qu'il y a à retirer de ces conséquences par rapport à la difficulté que nous examinons.

Dans le cas de mise promise, la société n'est pas propriétaire, par l'excellente raison qu'elle n'aura d'existence légale que par le complément de faits ultérieurs.

« Tantôt ce sera une simple promesse de société, semblable à une promesse de vente, *in futurum*, et incapable de transférer la propriété de plein droit et immédiatement; tantôt ce sera une société conditionnelle, dans laquelle les parties ont dû se borner à convenir de la destination de la chose, soit parce que cette chose

[1] Page 40.

n'existait pas encore, soit parce qu'on n'en avait pas la libre disposition[1]. »

Qu'y a-t-il de commun entre ces hypothèses et celle où il s'agit de société pure et simple, parfaite et actuelle? Faudra-t-il, parce que dans les unes la société n'a jamais été propriétaire, décider qu'il en doit être de même pour cette dernière? C'est précisément ce qu'il fallait juridiquement démontrer. Or, M. Pardessus, MM. Malepeyre et Jourdain l'admettent, mais ne le justifient en aucune manière.

Leur doctrine est donc inadmissible, car elle aurait pour résultat d'aller chercher dans l'art. 1867 le renversement des principes fondamentaux du Code sur l'effet de l'obligation de livrer. « Non! dit M. Troplong, l'art. 1867 n'exige pas la tradition pour la saisine sociale; non! il ne fait pas de la société un contrat parfait par la chose; il s'harmonise à merveille avec les règles du contrat de vente, auquel l'art. 1845 compare le contrat de société[2]. »

55. Enfin l'art. 1867 s'occupe de l'hypothèse où la mise de fonds se composant de la jouissance, la propriété des choses n'a pas cessé d'appartenir à l'associé. Leur perte, faisant naturellement cesser la jouissance, amène naturellement et nécessairement la dissolution de la société.

Ici il n'y a plus de distinction entre la mise promise ou effectuée. La dissolution est encourue dans tous les cas. Telle est la disposition formelle de l'art. 1867.

[1] Troplong, art. 1867, n. 931.
[2] *Ibid.*, n. 935.

Il résulte de là que le législateur a considéré la mise de fonds consistant en jouissance comme devant se renouveler effectivement à chaque nouvelle perception. Dès lors l'associé n'est en mesure de remplir son obligation et ne la remplit en effet qu'en tant que l'existence de la chose laissera la possibilité de percevoir à toutes les époques. Si la chose vient à périr dans l'intervalle, l'associé n'a plus de mise de fonds dans l'avenir, et la société manquerait dès lors d'une de ses conditions les plus essentielles.

Ainsi, l'associé apportant dans la communauté la jouissance des choses dont il retient la propriété est tenu de l'assurer à la société pendant toute sa durée. A quelque époque que le contraire se réalise, il n'a plus de mise de fonds, et, suivant les principes que nous avons exposés, il n'y a plus de société possible.

Mais cela ne se trouve acquis que dans l'hypothèse où la chose dont la jouissance a été mise en communauté n'est pas de celles qui se détériorent par l'usage; car, aux termes de l'art. 1851, s'il s'agissait d'une chose qui se détériore en la gardant, si elle est destinée à être vendue, ou si elle a été mise dans la société sur une estimation portée par un inventaire, elle est aux risques de la société. Conséquemment, la perte ultérieurement survenue étant à sa charge exclusive n'exerce aucune influence sur le lien social.

56. Le véritable motif de la dissolution, dans les hypothèses de l'art. 1167, est donc dans le défaut de mise

sociale chez l'associé dont la chose a péri. Il suit de là qu'elle pourrait être empêchée par l'apport d'une autre chose équivalente. Mais il en est du remplacement de la mise comme de sa constitution, il doit être volontairement accepté par tous les associés. Quelle que soit l'offre qui serait faite, il suffit qu'un seul d'entre eux refuse de l'accepter pour que la dissolution soit acquise. Voilà pourquoi, contrairement à l'avis de M. Troplong, nous considérons comme de plein droit la dissolution s'opérant par l'extinction de la chose. Sans doute, la loi ne s'oppose pas à ce que les intéressés y renoncent, mais aucun d'entre eux ne saurait être contraint à le faire.

57. Troisième cause de dissolution.—*Mort naturelle d'un des associés.*— En règle générale, les obligations contractées par un individu sont destinées à lui survivre, et à passer sur la tête de ceux que la loi ou sa volonté appelle à le représenter après sa mort. Le caractère du contrat de société commandait une exception à ce principe, non pas tant en faveur des héritiers qu'en considération des associés eux-mêmes, qui ne sauraient dans aucun cas accepter comme associés celui ou ceux avec lesquels ils n'ont pas personnellement contracté.

D'autre part, la mort d'un des associés enlevant au contrat un des éléments indivisibles qui le composaient, brisant les proportions qui y étaient établies, place les associés survivants dans une position toute nouvelle, qu'il n'était pas possible de leur imposer. Le consentement à s'associer pour un tiers ou pour un quart ne

pouvait être considéré comme suffisant pour devenir associé de la moitié ou du tiers.

Donc la mort de l'associé est pour tous associés ou héritiers une cause de dissolution, à moins que le contrat primitif ne stipule formellement le contraire.

58. A cet égard, le droit romain distinguait la clause de continuation entre les associés survivants et celle avec les héritiers du prédécédé; la première était obligatoire et licite, la seconde était nulle et de nul effet.

Ce qui motivait cette nullité, c'est qu'en principe la société se formant en vue des qualités personnelles de l'associé, il répugnait d'admettre que celui-ci pût être inconnu et incertain. Or, c'est ce qui ne manquait pas d'arriver lorsque dans l'acte on s'était contenté d'exprimer d'une manière générale que la société continuerait avec l'héritier.

Cet inconvénient eût été facile à éviter en désignant dans l'acte la personne de l'héritier destiné à continuer la société; mais la loi voyait dans cette désignation un empêchement à la liberté illimitée de disposer de ses biens par testament. Cette désignation était une vocation irrévocable en faveur de celui qui en était l'objet, au moins jusqu'à concurrence de l'intérêt social. On la considérait donc comme une renonciation à la faculté de tester, formellement condamnée par le droit, et frappée conséquemment d'une nullité radicale[1].

59. Notre droit s'est beaucoup relâché de cette sé-

[1] Troplong, sur l'art. 1865, n. 879.

vérité. La mort de l'associé est demeurée une cause de dissolution. Mais on peut éviter celle-ci en stipulant dans l'acte que la société continuera, soit entre les associés survivants, soit avec les héritiers du prémourant.

60. Dans le premier cas, le droit de ceux-ci se borne à faire liquider la part de leur auteur dans les opérations accomplies ou commencées au jour de sa mort. Cette part liquidée et reçue, ils deviennent complétement étrangers à la société.

Il n'est pas rare que pour éviter aux survivants les longueurs, les frais et les dangers de cette liquidation partielle, les chicanes dont elle peut devenir l'occasion et l'objet, les associés règlent eux-mêmes la part que les héritiers seront appelés à recueillir ; ils conviennent donc que cette part sera celle que le dernier inventaire établira lui-même. Cette clause, parfaitement licite, devrait produire son plein et entier effet.

En effet, elle est évidemment dans un intérêt commun ; car, au moment où elle est convenue, on ignore qui survivra, qui prédécédera. Or, puisque la société doit demeurer le patrimoine exclusif des premiers, il convient de la leur conserver avec tous ses éléments de succès. Or, la publicité résultant d'une liquidation partielle serait de nature à lui porter une atteinte funeste. Il est donc sage de la lui éviter.

On ne pourrait non plus prétendre qu'une clause de ce genre blesse l'égalité entre associés ; sans doute les opérations faites dans l'intervalle de l'inventaire au décès pourront avoir procuré un bénéfice auquel les héritiers ne participeront pas ; mais le résultat con-

traire est également possible, et dans ce cas les héritiers seront étrangers à la perte. Ce n'est donc là qu'une chance aléatoire qu'aucune loi ne prohibe aux associés.

61. La convention est donc valable, mais son exécution est subordonnée à l'existence d'un inventaire régulier en fin de chaque année, ou tout au moins dans le courant de celle pendant laquelle est mort l'associé. Cet inventaire doit être signé par tous les associés, notamment par celui dont la succession s'est ouverte. L'absence de cette formalité laisserait l'inventaire sans authenticité et sans force contre les héritiers.

On ne pourrait non plus leur opposer comme obligatoire un inventaire remontant à plusieurs années au moment du décès de leur auteur. Une convention de la nature de celle que nous examinons ne pourrait être étendue au delà de ses termes. L'aléa auquel les parties se sont réciproquement soumises se restreint aux opérations tentées dans l'intervalle d'un inventaire à l'autre, intervalle que la loi elle-même a limité à un an. Les parties se sont donc, par le fait, soumises à l'obligation de faire un inventaire annuel, et ce ne sera qu'après avoir exécuté elles-mêmes la convention en ce qui les concerne qu'elles seront recevables à en poursuivre le bénéfice.

L'absence d'un inventaire annuel ne peut donc être suppléée par les inventaires précédents; cependant elle n'a pas pour effet d'annuler la convention et de permettre aux héritiers de poursuivre la liquidation partielle. Tout ce qu'ils pourront faire, c'est de demander

que l'inventaire soit actuellement réalisé, et cet inventaire, qu'ils sont admis à suivre et à surveiller, règlerait les droits qu'ils ont à exercer.

62. La stipulation que la société continuera avec les héritiers des associés, ou seulement avec ceux d'un ou de plusieurs d'entre eux, empêche la société de se dissoudre. La mort de celui ou de ceux désignés se réalisant, elle continue avec les héritiers, sans solution aucune de continuité.

M. Duvergier admet difficilement qu'il en soit ainsi lorsque ces héritiers sont mineurs. « L'administration et l'aliénation des biens des mineurs, dit cet éminent jurisconsulte, sont assujetties à une foule de formalités gênantes et coûteuses. Si la société continue, de deux choses l'une : ou les opérations sociales seront entravées par l'accomplissement des formes applicables à l'état de minorité, ou ces formes seront négligées, quoique des mineurs soient intéressés aux opérations. La loi ne permet pas d'adopter la seconde branche de cette alternative ; et la première se présente avec de tels inconvénients, qu'il est difficile de croire que les contractants aient eu l'inconvénient de s'y soumettre [1]. »

Nous ne partageons ni les scrupules ni l'opinion de M. Duvergier sur les conséquences de l'accession à la société d'héritiers mineurs. Nous n'admettons pas surtout qu'elles puissent aller jusqu'à modifier le mode d'administration de la société. Un pareil résultat accu-

[1] *Des Sociétés*, n. 441.

serait à un tel point l'imprévoyance du législateur, qu'il est inadmissible.

Remarquons, en effet, que la validité de la clause de continuation de la société avec les héritiers est un droit nouveau consacré par le Code ; et ce qui a déterminé cette dérogation au droit romain, c'est qu'au dire des plus éminents jurisconsultes, la prohibition de celui-ci ne reposait sur aucune base raisonnable ou utile [1]. Or, comment admettre cette innovation si, possible en droit, la continuation avec les héritiers était en fait matériellement impossible ?

Cette impossibilité, en effet, serait la conséquence forcée de l'obligation de n'administrer la société que dans les formes tracées à l'administration des biens des mineurs, si l'héritier ou quelques-uns d'eux étaient encore en état de minorité. Se figure-t-on une société commerciale réduite, à chaque opération, à consulter le Conseil de famille, et à rapporter quelquefois l'homologation du tribunal ? Mieux valait mille fois maintenir la prohibition que de la lever pour arriver à un pareil résultat !

Notons bien que l'article 1868 se tait sur la minorité de l'héritier de l'associé. Cependant c'était là un événement trop facile à prévoir pour qu'il ne se soit pas offert à l'esprit du législateur. Que conclure de son silence ? Qu'il a considéré cette circonstance comme indifférente, et qu'il a voulu que la société fût avec l'héritier ce qu'elle était avec son auteur, son admi-

[1] Pothier, *Des Sociétés*, n. 145.

nistration continuant d'être exclusivement régie par le pacte social. La garantie du mineur réside dans l'intérêt commun de tous les associés à la prospérité de la société. Il était donc inutile de prescrire ce surcroît de précautions qu'exige la protection due au mineur isolé de toute autre personnalité, surcroît de précautions qui, loin d'être utile dans notre hypothèse, ne pouvait que devenir funeste au mineur lui-même, comme à tous les associés.

Loin donc que l'incapacité du mineur se reflète sur les associés de son auteur, la vérité est que la loi le fait, en quelque sorte, participer à la capacité de ceux-ci. Toute autre interprétation de l'article 1868 blesserait la raison et conduirait à l'absurde par la plus anormale de toutes les contradictions entre le droit et le fait [1].

63. Nous aurons plus tard à examiner les conséquences de la mort de l'associé, relativement aux tiers [2]. Disons seulement que, nonobstant le défaut de stipulation à ce sujet, les survivants peuvent toujours s'adjoindre les héritiers du prédécédé, et continuer avec eux l'ancien commerce.

Mais cette adjonction constituerait une nouvelle société. De là plusieurs conséquences importantes :

1° La minorité des héritiers serait un obstacle à toute nouvelle société, à moins cependant qu'ils n'eussent été autorisés, ou qu'ils ne se fissent régulièrement autoriser à exercer le commerce ;

[1] *Conf.* Duranton, t. XVII, n. 472; Troplong, sur l'art. 1868, n. 954.
[2] *Vid. inf.*, art. 46.

2° Les héritiers adjoints ne pourraient être tenus, comme associés, des dettes de l'ancienne société. Les tiers créanciers ne pourraient donc exiger que leur part et portion héréditaire, comme représentant leur auteur, seul associé. Le contraire se réalise lorsque la continuation de la société a été convenue dans l'acte : alors, en effet, la société n'a pas cessé d'exister, elle n'a subi aucune solution de continuité, et les héritiers du prédécédé sont considérés comme ayant toujours été associés. Ils sont donc, en cette qualité, tenus des dettes tant antérieures que postérieures au décès de leur auteur.

64. Il est des sociétés qui ne se dissolvent pas par le décès d'un de leurs membres. Telles sont, en matière commerciale, les sociétés anonymes ou en commandite. Les unes et les autres comportent un tel nombre d'associés que si la mort d'un seul en opérait la dissolution, cet état serait dans le cas de se renouveler si souvent, qu'il deviendrait bientôt la position normale de la société. Elle ne se créerait donc le plus souvent que pour se dissoudre après quelques mois.

Une pareille conséquence ferait malheureusement disparaître une des plus précieuses ressources du commerce et de l'industrie : on ne pouvait donc la consacrer. On devait d'autant moins le faire, que la commandite, comme la société anonyme, laisse la personne en dehors; que les commanditaires, comme les actionnaires, ne peuvent administrer; que leur unique obligation étant de payer le capital promis, leur droit de retirer le prorata du bénéfice, ils sont parfaitement

représentés pour l'une et pour l'autre par la personne qui leur succède.

Mais il n'en serait pas de même du décès du gérant ou de l'administrateur. Les qualités personnelles de l'un ou de l'autre, leur capacité, ont pu seules déterminer le lien social. Nul ne saurait être contraint de donner sa confiance à tout autre qui ne serait pas de son choix.

En conséquence, la mort du gérant ou de l'administrateur dissoudrait la société, à moins que l'acte de société n'eût, dans la prévision de cet événement, prescrit la continuation et les mesures à prendre pour pourvoir à son remplacement. L'exécution de ces mesures, obligatoires pour tous, laisserait donc la société se continuer sous la direction du gérant ou de l'administrateur nouveau.

65. En matière civile, une société formée pour l'exploitation d'une propriété foncière pour le bail à colonage, celle de cheptel, n'est pas dissoute par la mort du propriétaire ou du bailleur. Cet événement n'est pas de nature à contrarier l'opération, et à exercer dès lors une influence quelconque sur le contrat [1].

66. Quatrième cause de dissolution.—*La mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un des associés.* — La mort civile étant, sous le rapport du droit, assimilée à la mort naturelle, devait en produire tous les effets à l'endroit de la société. Les considérations que nous venons d'exposer recevraient donc leur entière

[1] Troplong, *Du Louage*, nos 647 et 1186.

application, au cas où cette peine atteindrait l'un des associés. Ainsi, dès le jour où elle serait irrévocablement encourue, ses héritiers feraient partie de la société, si l'acte stipulait leur concours; dans le cas contraire, la société serait dissoute, à moins qu'il ne s'agît d'un commanditaire ou d'un actionnaire.

L'interdiction, enlevant toute capacité à celui qui en est l'objet, est en fait une sorte de mort civile, ayant d'ailleurs pour effet inévitable de substituer le tuteur à l'interdit; elle introduirait dans la société une personne nouvelle, étrangère au contrat, et avec laquelle, peut-être, les autres parties auraient refusé de contracter. Enfin, le tuteur lui-même, tenu à une administration spéciale, n'a pas qualité pour engager l'interdit dans les chances d'une société quelconque; il excéderait donc ses pouvoirs s'il consentait à prolonger la société.

L'interdiction dissout donc la société d'une manière absolue; toute continuation serait illégale et impossible.

La déconfiture d'un associé laisse les autres sans garantie aucune contre la perte future; elle aggrave donc leur position en mettant à leur charge la totalité de cette perte, dont l'associé insolvable sera dans l'impossibilité de supporter la part lui afférant; la loi d'égalité se trouve donc rompue, et cela suffit pour que la société puisse et doive se dissoudre.

67. Cinquième cause de dissolution. — *La volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société.* — L'article 1865 semble méconnaître ce prin-

cipe de droit commun, à savoir que les contrats légalement intervenus ne peuvent se résoudre que du consentement commun de toutes les parties ; mais il est facile de le purger de ce reproche en se référant aux art. 1869 et suivants, déterminant le sens et la portée des prescriptions qu'il renferme.

Ainsi, la dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est illimitée : il ne doit point exister d'engagements éternels. Le contrat de société était celui de tous qui répugnait le plus à un pareil caractère. Comment se flatter, en effet, que les sentiments de confiance illimitée et réciproque se conserveront sans atteinte, et comment surtout consacrer que les effets dussent survivre à la cause ?

La loi a reculé devant cette énormité. En conséquence, tout associé pourra poursuivre la rupture des liens, lorsque aucun terme précis ou implicite n'a été d'abord stipulé.

Toutefois, et même dans cette hypothèse, ce droit ne saurait favoriser le caprice et moins encore la fraude. Son exercice n'est toléré que si la renonciation de l'associé a été faite de bonne foi et en temps opportun. L'art. 1870 détermine les circonstances pouvant exclure la bonne foi ou faire considérer la renonciation comme faite à contre-temps.

Ainsi, l'absence d'un terme à la durée de la société rend la dissolution possible à toutes les époques, aux seules conditions que nous venons de rappeler.

Si la durée de la société a été limitée, soit qu'un

terme ait été formellement stipulé, soit qu'il résulte de la nature même de la société, la dissolution ne peut être demandée et obtenue avant l'échéance du terme ou la consommation de l'opération; à moins cependant que cette mesure ne fût motivée par des raisons graves, par le dol ou la fraude de quelques-uns des associés, ou sur l'inexécution des engagements réciproques[1].

68. La dissolution de la société entraîne de plein droit la révocation du mandat que les associés se sont donné ou sont censés s'être mutuellement donné. Mais cette règle n'est absolue que pour les opérations nouvelles qu'il s'agirait d'entreprendre. Quant à celles qui sont en cours d'exécution, elles doivent être achevées, puisque le partage, qui est l'objet essentiel de la dissolution, ne pourra se faire qu'après le règlement intégral et la liquidation générale des intérêts sociaux. Aussi le droit d'opérer l'un et l'autre a-t-il toujours été reconnu et admis. *Quamvis sit finita societas, suus tamen durat effectus, donec pertinentia ad illam terminentur, finianturque*[2]. La raison en est : *quia, ut ibi dicitur, in reliquis connexis et dependentibus a negotiis jam inchoatis, nulla ratio habenda est temporis quo sint perficienda, quum jam societas est dissoluta, sed temporis quo sunt inchoata perinde ac si constaret adhuc societas; adeoque res ita sunt exigendæ, ut constante societate se habebant.*

[1] Voy., sur la société, notre *Traité du Dol et de la Fraude*, t. II, chap. II, sect. 5, p. 383.

[2] Casaregis, Discours 128, n. 4.

L'administration continue donc jusqu'à apurement effectif; mais celui qui en est chargé reçoit dans notre droit la qualification de liquidateur. Nous verrons plus bas qui peut être revêtu de cette qualité, quelles en sont les prérogatives et les obligations [1].

69. La liquidation achevée, le partage s'opère, si déjà il n'en a pas été fait de partiel. Ce partage obéit aux règles tracées par la loi ou par le contrat, c'est-à-dire que les bénéfices et les pertes doivent se répartir dans les proportions légales ou convenues. Si celles-ci ont excédé le fonds capital, les associés contribuent dans les mêmes proportions à éteindre le passif social.

70. Tels sont les principes généraux dominant la matière des sociétés et devant les régir, quel que soit leur caractère. Mais, nous l'avons dit ailleurs, le commerce a ses nécessités et ses exigences. Signalées par l'expérience pratique, on ne pouvait les méconnaître et les négliger sans s'exposer à créer des obstacles de nature à empêcher tout progrès.

Tant que le commerce fut dans l'enfance, l'incompatibilité entre certains principes du droit civil et ceux que comportaient la rapidité de ses opérations, la bonne foi et la confiance, qui en font la base, ne se manifestaient que dans des proportions assez peu sensibles, et la société commerciale notamment put trouver dans le droit commun des règles suffisantes et sûres. Mais la marche progressive des affaires, leur développement, vinrent successivement signaler des besoins nouveaux

[1] Voy. art. 64.

que ce droit ne pouvait satisfaire. Dès lors aussi surgirent ces usages que chaque localité convertit en statuts particuliers et que l'assentiment de tous fit plus tard élever à la hauteur de lois générales.

71. Ce caractère de la législation commerciale mérite d'être remarqué. C'est pas à pas qu'elle s'est formée, et chacune de ses dispositions, conquête d'une pratique plus ou moins longue, régissait de fait le commerce avant de le régir de droit; à l'épreuve de l'expérience, elle réunissait les lumières de la science. Sitôt, en effet, qu'un usage surgissait, la controverse doctrinale qui ne manquait pas de l'accueillir servait en quelque sorte de phare éclairant la marche de la pratique et en écartant les écueils et les dangers.

Ainsi, la société commerciale rencontra, dans le désir et le besoin de raffermir et d'étendre le crédit public, une occasion de s'écarter du droit commun, auquel elle avait jusque-là obéi. On demanda que, par une exception formelle, l'obligation de l'associé réfléchît sur la société tout entière. Straccha atteste que, de son temps, la controverse que cette réflexion avait fait naître était la seule difficulté dont on se préoccupât.

La conséquence de cette controverse fut la création, pour les sociétés commerciales, d'une raison sociale personnifiant la société, et dont l'emploi par un de ses membres les obligeait tous.

Plus tard, d'autres difficultés s'offrirent dans la pratique. Le développement de la commandite, la nature des actions, la publicité des sociétés, les pouvoirs des

liquidateurs; toutes ces questions, sur lesquelles l'école italienne a répandu tant et de si vives lumières, furent législativement tranchées, et leur solution forme la loi commerciale à laquelle l'art. **18** fait appel.

A vrai dire, donc, cette loi n'est que la consécration des usages que les besoins du commerce avaient inspirés et fait admettre. Mais, à côté de ces usages, il en existe une foule d'autres à l'état de tradition seulement, mais dont l'autorité n'est pas moins certaine, pas moins recommandée par le législateur. L'art. **1873** C. civ. place en effet sur une même ligne les lois et les usages du commerce.

72. De tout temps, l'usage a joué un très-grand rôle en matière de législation. Ce n'est là, au reste, qu'un fait normal, qu'une déduction logique du caractère de la mission du législateur et du devoir qu'il a à remplir.

La loi se contente et devait se contenter de consacrer les principes généraux. Étrangère à leur exécution, elle devait laisser leur interprétation aux éléments spéciaux à chaque espèce, placée qu'elle était dans l'impossibilité absolue de prévoir et de résoudre toutes les difficultés.

D'autre part, la législation doit refléter les mœurs et les habitudes de la nation qu'elle est destinée à régir. Or, les mœurs se modifient, les habitudes s'altèrent et changent. L'harmonie serait donc détruite, si la législation ne subissait le contre-coup de ces modifications, de ces altérations, de ces changements. Mais rien de stable n'existerait jamais, si la loi changeait au

gré des fluctuations de l'opinion publique. Il était donc nécessaire et sage que le législateur ne se prononçât qu'après qu'une épreuve décisive aurait témoigné de la réalité du besoin qu'il aurait à satisfaire.

Cette double considération, en justifiant l'utilité de l'usage, rend raison de la légitime influence qu'il a exercée chez tous les peuples; il est la loi orale et traditionnelle qui, placée à côté de la loi écrite, est destinée à la maintenir sans cesse à la hauteur des besoins que le temps dévoile, que le progrès fait naître. *Sine scripto jus venit quod usus approbavit, nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur* [1].

Ce fondement de l'usage en explique la destination. Elle a pour objet d'interpréter la loi, d'ajouter à ses dispositions, de les corriger ou de les abolir.

73. Comme règle d'interprétation, l'usage a toujours joui de la plus juste, de la plus incontestable autorité. *Si de interpretatione legis quœratur, in primis inspiciendum est quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset. Optima enim est legum interpres consuetudo* [2].

Ainsi, dans le doute sur la véritable signification de la loi, c'est la pratique qu'on doit consulter. C'est dans le sens qu'elle adopte qu'il convient de se prononcer. L'assentiment commun dont elle est l'expression amène inévitablement à cette conclusion. Ce qui se réalise dans l'hypothèse où la loi est douteuse doit éga-

[1] *Instit.*, liv. I, tit. III, § 9.
[2] L. 37, ff. *De leg.*

lement se réaliser lorsqu'elle ne s'est pas expliquée. En cas de silence de la part du législateur, l'usage doit prévaloir. *De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet quod moribus et cousuetudine inductum est* [1].

Cette règle n'a jamais soulevé ni doute ni contradiction. Notre Code civil la sanctionne lui-même expressément, en s'en référant à l'usage dans plusieurs de ses dispositions [2].

74. La question de savoir si l'usage peut abroger la loi a soulevé et soulève encore plus de difficultés. La controverse, à cet égard, est surtout née de la contradiction flagrante dans laquelle paraît être tombé le droit romain. En effet, tandis que le Digeste enseigne que: *rectissime etiam aliud receptum est, ut leges, non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito conseusu omnium per desuetudiuem abrogeutur*, le Code adopte l'opinion contraire, en proclamant que, quelle que soit l'autorité de l'usage anciennement pratiqué, cet usage ne peut vaincre la loi : *Consuetudinis usus-que longævi non vilis auctoritas est. Verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem, aut legem vincat* [3].

Si nous étions chargés de concilier les efforts tentés par les commentateurs pour marquer la contradiction entre ces deux textes, nous nous rangerions, sans hésiter, à l'avis de Perezius, dont les explications parais-

[1] L. 32, ff. *de Leg.*
[2] V. art. 1135, 1159, 1160 et 1873.
[3] L. 32, ff. *De Leg* ; Cod. L. 2, *Quæ sit longa consuetudo.*

sent beaucoup plus plausibles, et partant plus acceptables. Suivant lui, en effet, le Code ne dit pas que la loi ne puisse pas être abrogée par l'usage contraire. L'hypothèse qu'il prévoit est celle d'un usage en concours avec une loi que le législateur veut maintenir ou remettre en vigueur. Dans ce cas, la volonté du législateur l'emporte, quelque ancien que soit l'usage. A plus forte raison si cet usage est irrationnel ou abusif.

Diversa sunt vincere et abrogare; nam abrogatio efficere potest longa consuetudine legi contraria, ut lex in usu esse desinat. Non tamen eam vincere potest, id est non ita potest legislatoris potestatem consuetudo infringere, quia possit lege nova certiori et æquiori ratione stabilita, tiosam consuetudinem tollere aut emendare, aut legem consuetudine obliteratam in usum revocare [1].

Ce qu'on pourrait opposer à cette explication, c'est que le cas qu'elle prévoit est si naturel, qu'il n'avait pas besoin d'être prévu. Le législateur, pouvant abroger la loi, peut, sans contredit, abroger l'usage, qui n'est qu'une loi tacite. Écrit ou non, son droit à cet égard était incontestable, de même que les conséquences de l'exercice qu'il en ferait. L'usage, formellement et législativement révoqué, ne saurait conserver la moindre autorité.

75. Quoi qu'il en soit, il est certain que, dans notre ancien droit, l'abrogation de la loi par désuétude fut généralement admise. On distinguait toutefois les lois simplement impératives des lois prohibitives : celles-ci,

[1] Perezius *ad Cod.*, L. 8, tit. 53, n. 11.

excluant tout usage contraire, l'empêchaient de naître et de se former [1].

Sous l'empire du Code civil, la controverse a continué. Mais, entre l'affirmative et la négative absolues, il y a un tempérament, signalé par Merlin, qui doit, en définitive, triompher.

Ainsi, l'usage abusif, c'est-à-dire celui qui blesserait les mœurs, la décence, la liberté publique; qui préjudicierait, de quelque manière que ce soit, à la société; ou qui, sans être nuisible, serait simplement absurde ou déraisonnable, ne peut jamais l'emporter sur la loi, et l'on doit, dans tous les temps, en secouer le joug.

Par la raison contraire, une loi qui renfermerait quelqu'un de ces inconvénients tomberait aisément en désuétude. Que cette supposition puisse se rencontrer, c'est ce qui est incontestable; car, comme le disait l'immortel d'Aguesseau, dans sa lettre du 2 septembre 1692, il y a bien des choses qu'on a conservées dans la rédaction ou dans la réformation des coutumes, par respect ou par prévention pour d'anciennes traditions, qui ne doivent plus tirer à conséquence depuis que la législation s'est perfectionnée, et qui sont censées abrogées par l'esprit général des lois, par l'usage commun de toute la France, qui en est le plus sûr interprète.

Ainsi, ajoutait l'éminent chancelier, l'article 634 de la coutume de Bretagne porte que les faux monnayeurs seront *bouillis*, puis pendus. Or, existe-t-il un

[1] Dunod, *Prescrip.*, part. 1re, chap. XIII.

magistrat qui osât aujourd'hui prononcer une pareille peine ?

L'usage est toujours abusif lorsque la coutume le constituant a été formellement prohibée par la loi, soit dans un intérêt public, soit comme devant produire des inconvénients et des fraudes ; il devrait donc être condamné et s'effacer devant la loi. Il importerait peu que dans l'espèce à apprécier il n'existât aucune fraude; il suffit qu'en général la fraude fût possible, pour faire repousser l'usage alors même qu'il n'en aurait été commis aucune. C'est ce que Casaregis enseigne en termes exprès : *Lex seu statutum providens in genere ad evitandas fraudes habet etiam locum in casibus in quibus committi poterant, licet commissæ non fuerint* [1].

L'usage peut donc abroger la loi, à condition cependant qu'il ne soit ni irrationnel, ni abusif, ni formellement prohibé. Mais, dans ces termes même, on ne lui reconnaîtra cet effet que s'il réunit les caractères suivants : 1° la publicité; 2° l'uniformité ; 3° une pratique reposant sur des faits multipliés; 4° l'approbation et le concours de la généralité des habitants; 5° l'exécution réitérée pendant un long espace de temps ; 6° la tolérance constante du législateur [2].

76. L'influence de l'usage sur la loi acquiert de bien plus vastes proportions dans la matière commerciale. Nous avons déjà dit qu'en ce qui concerne celle-ci, la

[1] Delamarre et Le Poitvin, *Contrat de commiss.*, t. I, n. 363.

[2] Merlin, *Répert.*, v° USAGE, § 1.

législation n'est autre chose que le recueil d'usages que la pratique avait fait naître et d'avance signalés à l'attention du législateur. Nous avons dit, de plus, qu'obéissant essentiellement à une pensée de progrès, la loi commerciale n'avait voulu poser aucune règle absolue, de crainte de se placer en opposition avec le but qu'elle se proposait. Il est évident que la conséquence de ce double caractère était d'appeler les usages au secours de la loi, comme éléments essentiels des modifications qu'elle serait dans le cas de subir.

Aussi voyons-nous l'usage commercial prévaloir d'abord sur le droit commun. Les exemples se présentent en foule. Nous nous contenterons d'en citer quelques-uns.

77. Aux termes de l'art. 1141 du Code Nap., la vente n'est parfaite, à l'égard du second acquéreur, que si le premier a obtenu la tradition réelle de la chose mobilière qui lui a été vendue. En commerce, cette tradition n'influe en rien sur la vente précédemment faite. Qu'elle ait été ou non réalisée, l'acheteur n'est pas moins considéré comme propriétaire de la chose par lui acquise.

L'art. 1154 prohibe l'intérêt des intérêts, à moins que ceux-ci ne soient dus depuis un an. En commerce, l'usage a admis le règlement trimestriel du compte, et, conséquemment, la faculté d'exiger l'intérêt des intérêts chaque trois mois.

En matière de vente de denrées et effets mobiliers, l'art. 1657 C. Nap. dispose que la résolution de la vente a lieu de plein droit et *sans sommation*, au pro-

fit du vendeur, par la seule échéance du terme fixé pour la livraison. Entre commerçants, au contraire, aucune vente n'est résiliée si l'acheteur n'a été préalablement mis en demeure de retirer ses marchandises [1].

Enfin, la loi de 1807 proscrit, dans les prêts d'argent, tout autre profit que l'intérêt légal; cependant l'usage, aujourd'hui constant, permet aux banquiers de prélever, concurremment avec cet intérêt, un droit de commission, d'escompte ou de change.

78. L'usage commercial déroge même à la loi spéciale au commerce. Nous en puisons de notables preuves dans la pratique suivie sous l'ordonnance de 1673.

Ainsi, par une disposition expresse, cette ordonnance voulait que les livres des marchands fussent soumis à des formalités déterminées. Cependant la doctrine et la jurisprudence n'avaient tenu aucun compte de cette disposition, et les livres des marchands, quels qu'ils fussent, n'étaient pas moins admis à faire foi en justice.

La même ordonnance, soumettant les sociétés à être publiées et enregistrées, punissait la violation de cette obligation en déclarant la société nulle, non-seulement entre associés, mais encore à l'égard des tiers; mais cette pénalité n'avait jamais été sanctionnée par les tribunaux. La validité de la société non publiée, surtout vis-à-vis des tiers, était universellement admise et consacrée.

[1] Delamarre et Le Poitvin, *Contrat de commiss.*, t. I, n. 363.

L'influence de l'usage, en matière de commerce, ne saurait donc être méconnue. Elle est la conséquence logique de la législation qu'elle est destinée à maintenir à la hauteur des besoins et à diriger sans cesse dans la voie du progrès.

79. Mais l'usage commercial lui-même s'arrête devant le principe que nous rappelions tout à l'heure, à savoir : l'impossibilité de faire triompher un abus condamné par la loi, ou de prévaloir sur l'intérêt public.

Nous avons parlé, dans notre *Traité sur le dol et la fraude*, d'un usage qu'on prétendait s'être établi sur la place de Lyon. Les commissionnaires étaient dans l'habitude de coter les marchandises achetées pour leurs commettants à un prix supérieur à celui qu'ils en avaient réellement payé ; la différence s'ajoutait à la commission et augmentait d'autant le salaire qu'ils se faisaient attribuer.

Un de ces commissionnaires, s'étant juridiquement prévalu de cet usage contre son commettant, vit sa prétention condamnée par arrêt de la Cour de Lyon du 23 août 1831. Un usage de ce genre, dit l'arrêt, constituerait une fraude; il ne saurait donc prévaloir sur la loi qui les prohibe toutes.

Un autre usage abusif, auquel se laissent facilement aller les commissionnaires, est justement signalé par MM. Delamarre et Le Poitvin. Chargés d'acheter pour compte d'autrui, ils envoient de leurs propres marchandises, tout en exigeant de leurs commettants un droit de commission comme s'ils les eussent achetées pour remplir la commission.

Un pareil usage ne pourrait être toléré. Il ne peut pas être que celui qui vend sa propre marchandise s'attribue un salaire pour la vendre. Or, le commissionnaire qui remplit un ordre au moyen des marchandises qu'il a en sa possession devient le vendeur direct; il serait dès lors anormal de lui attribuer une rétribution pour des peines et soins qu'il n'aurait réellement pris que s'il eût effectivement acheté à un tiers les marchandises qu'il expédie.

Nous puisons un autre exemple à l'appui de notre thèse, dans la disposition de l'art. 347 Code de comm. Dans un but facile à saisir, le législateur a porté toute sa sollicitude sur l'assurance maritime. Il a notamment compris que la laisser dégénérer en gageure c'était l'exposer à une ruine inévitable, d'autant plus déplorable que le commerce maritime, privé de cet indispensable auxiliaire, ne pourrait bientôt suffire à la mission qu'il est appelé à remplir. De là la prohibition d'assurer le profit espéré, et le fret des marchandises existant à bord.

Dans l'usage, cependant, la prohibition en ce qui concerne celui-ci n'est pas religieusement observée. Mais quelque nombreuses que fussent les infractions, quelque générales et répétées qu'on les supposât, elles ne parviendraient jamais à créer un usage obligatoire. La prohibition de la loi proteste sans cesse contre l'abus, et c'est ainsi qu'on qualifierait justement un fait n'ayant pas d'autre objet que de violer un ordre formel. *Non valet consuetudo quando lex expresse damnat consuetudinem, quia lex semper loquitur...*

non valet consuetudo contra legem inductam ad tollendas fraudes [1].

80. L'usage est général ou local. Nous avons vu quelles conditions exige le premier. Le second, indépendamment de la fréquence des actes, de leur pratique pendant un nombre d'années dont la détermination est laissée à la prudence du juge, ne peut être admis que s'il a été réellement observé par la généralité des habitants; *quod in regione frequentatur.*

Il ne suffirait donc pas, même pour établir l'usage commercial, que le fait allégué eût été pratiqué par un certain nombre de commerçants. L'usage, n'étant qu'une convention tacite, ne peut résulter que d'un assentiment commun. Comment donc reconnaître celui-ci si, pendant que les uns agissent d'une manière, les autres se livrent publiquement à la pratique contraire?

81. L'existence de l'usage s'établissait autrefois par des actes de notoriété, n'ayant eux-mêmes d'autre fondement qu'un usage que l'ordonnance de 1667, abolissant les enquêtes par *turbes*, avait fait naître. Ces actes émanaient des corps de judicature constatant la pratique suivie dans leur siége. Ils étaient, en général, rendus en vertu d'une sentence du juge supérieur, contradictoirement et après que les magistrats avaient, de vive voix et à l'audience, pris l'avis du ministère public, des avocats, des procureurs ou autres praticiens du siége.

[1] Delamarre et Le Poitvin, *Contrat de commiss.*, t. I, n. 363.

82. Ces formes ne sont plus compatibles avec nos lois nouvelles. Les tribunaux ne peuvent aujourd'hui délivrer des attestations. Mais les jugements dans lesquels l'existence de l'usage aurait été reconnue, quoique étrangers aux parties, ne seraient pas moins utilement invoqués.

Dans tous les cas, la preuve de l'usage pourrait ressortir de tous documents de nature à le justifier; elle pourrait même être fournie par témoins et par présomptions. Toutefois, la forme ordinaire des enquêtes offrirait des difficultés, et surtout occasionnerait des frais énormes, par les immenses proportions que revêtirait le fait interloqué, par exemple, l'usage général. On y supplée donc par des *parères,* signés par les Chambres de commerce, ou par les principaux négociants des diverses places du royaume, par la Chambre de commerce ou par les négociants de la localité, s'il s'agit d'un usage particulier.

83. La délivrance de ces *parères* a donné naissance à un abus destiné à leur faire perdre toute autorité si on ne se ravise. Il n'est pas de commerçant qui n'ait la prétention de prouver que sa pratique est conforme à l'usage de la place ; qui ne trouve des amis complaisants pour l'attester ainsi. Comme son adversaire a intérêt à prouver le contraire, et qu'il compte à son tour quelques amis, il est peut-être sans exemple qu'un parère quelconque ait été produit, sans qu'un autre soit venu certifier le fait contraire.

Notre pratique personnelle nous a démontré la vérité de cette observation. Devant la Cour d'Aix, nous

avons eu bien souvent l'occasion de nous convaincre que ces attestations, recueillies à la Bourse, étaient accordées avec tant de légèreté et d'irréflexion, que des signatures, attestant l'affirmative, se retrouvaient au bas du parère soutenant la négative et réciproquement.

En présence d'attestations contradictoires, le juge doit rester dans le droit commun. L'usage ne doit être substitué à la loi que lorsqu'il est établi avec une certitude incontestable. Dans le doute, la loi doit recevoir son entière exécution.

Au reste, l'usage étant un fait, sa constatation est abandonnée à l'arbitrage souverain des juges. Ils peuvent, dans tous les cas, le repousser ou l'admettre. Mais dans cette dernière hypothèse, lorsqu'il s'agit surtout de déroger au droit commun, l'usage ne peut être appliqué qu'autant que son existence a été préalablement reconnue et constatée en fait.

84. Quelle que soit la décision du premier degré, le second peut toujours la réformer comme constituant un mal jugé; mais l'absence de cette constatation préalable, dans le jugement ou arrêt définitif, donnerait infailliblement ouverture à cassation, alors même que devant la Cour suprême l'usage appliqué, mais non constaté, serait prouvé par des documents dignes de foi. C'est ce que la Cour de cassation a formellement consacré par arrêt du 5 janvier 1812 [1].

[1] S. 1812, 1. 113.

ARTICLE 19.

La loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales :
La société en nom collectif;
La société en commandite;
La société anonyme.

SOMMAIRE.

85. Différences et points de contact entre la société civile et la société commerciale.
86. Définition de celle-ci.
87. Doute que certains actes peuvent laisser sur leur véritable caractère.
88. La société pour acheter et revendre des immeubles est civile. Critique d'un arrêt qui a décidé le contraire.
89. Doctrine et jurisprudence.
90. Regret et vœu exprimés par M. Troplong. Dangers qui résulteraient du système qu'il indique.
91. Avantages du morcellement de la propriété. Ses conséquences pour le développement de l'agriculture. Services qu'il rend à l'ordre public.
92. Les parties peuvent-elles donner à une association de cette nature la forme et le caractère commerciaux ?
93. Arrêt de la Cour de cassation pour la négative.
94. Quel est le caractère de la société organisée pour l'exploitation d'une mine entre concessionnaires ?
95. *Quid* si la société est anonyme ou en commandite ?
96. Motifs invoqués pour ne lui attribuer, même dans ce cas, qu'un caractère civil.
97. Justification de l'opinion contraire. Incompatibilité entre les sociétés anonymes ou en commandite et les sociétés civiles.
98. Conséquences qu'il faut en tirer.
99. L'exploitation d'une mine n'est un acte civil que par un privilége auquel le concessionnaire peut renoncer.
100. De quels actes doit-on induire cette renonciation ?
101. Doctrine et jurisprudence tendant à la faire résulter de l'adoption de la forme commerciale donnée à la société.
102. Inconvénients que ce système a pour but de proscrire.
103. Quel est le caractère de la société pour la découverte et l'ouverture d'une mine.
104. De celle pour la location et l'exploitation.

105. La loi de 1810 est inapplicable aux carrières. Conséquences quant aux propriétaires et aux locataires.
106. Sociétés dont le caractère est commercial ou non, suivant la qualité du fondateur.
107. L'obligation de construire un marché, une église, un théâtre, n'est pas un acte de commerce pour des non-commerçants. Leur société serait donc civile.
108. Opinion contraire de M. Pardessus. Examen et réfutation.
109. *Secus* si les contractants étaient des entrepreneurs de travaux publics.
110. Le caractère commercial peut résulter de la destination affectée à la chose entreprise. Exemples divers puisés dans la jurisprudence.
111. Ce qui est admis pour la construction d'un chemin de fer, avec concession de la jouissance, devrait l'être pour la construction d'un canal, dans les mêmes circonstances.
112. *Quid* de la société pour la perception du droit de péage sur un pont.
113. L'art. 632, déclarant actes de commerce les assurances maritimes, régit-il les assurances terrestres?
114. L'identité d'operations doit faire consacrer l'affirmative pour toutes les assurances à prime.
115. Jurisprudence conforme.
116. Examen de trois arrêts indiqués comme ayant consacré le contraire.
117. Refutation de celui rendu par la Cour de Montpeiller.
118. La masse formée par divers pères de famille contre les chances du sort que courent leurs enfants n'est pas même une société.
119. Caractère essentiel que doivent offrir les assurances mutuelles pour ne pas être rangées dans la catégorie des sociétés commerciales.
120. Caractère des associations pour la préservation, l'assainissement, le dessèchement et l'arrosage des propriétés.
121. La qualification donnée à une société n'en change pas la nature. Exemple dans un arrêt de la Cour de cassation sur une *banque territoriale.*
122. Les associés civils qui ont faussement pris la forme commerciale ne pourraient faire prononcer la résiliation sous prétexte d'erreur de droit, et resteraient soumis à l'obligation que leur impose l'article 1863 C. Nap.
123. Opinion contraire de M. Dalloz. Réfutation.
124. Division des sociétés par le Code de commerce, puisée dans l'usage admis sous l'ordonnance.
125. Attaques dont elle fut l'objet au Conseil d'Etat.
126. Son adoption définitive.

85. Le Code Nap. distingue deux espèces de socié-

tés : la société universelle, la société particulière. C'est dans cette dernière catégorie qu'il place la société commerciale.

La société commerciale a une foule de points de contact avec la société civile, mais elle en diffère sous plusieurs rapports. Ainsi que nous venons de le voir, l'une et l'autre sont régies par des principes communs relativement à la mise de fonds que chaque associé doit fournir ; à la contribution égale ou proportionnelle dans les bénéfices ou pertes ; aux devoirs réciproques des associés ; à leur obligation de se consacrer à la chose commune ; à la responsabilité de la faute ; enfin, aux causes pouvant ou devant entraîner la dissolution.

Mais une différence notable et importante se fait remarquer dans les formes constitutives de chacune d'elles ; dans l'habitude d'opérer avec les tiers, sous une raison sociale ; dans certaines attributions du gérant ; dans l'étendue de la responsabilité solidaire dans les sociétés commerciales, solidarité d'où résulte que la personne morale, quoique distincte des associés, s'incarne, en quelque sorte, au regard des tiers, dans chaque associé, et arrive à un plus haut degré d'homogénéité ; dans les formes de la liquidation ; dans le jugement des contestations entre associés [1].

Une différence non moins essentielle se fait remarquer dans la juridiction appelée à prononcer entre les associés et les tiers ; dans les effets des jugements en-

[1] Troplong, n. 173.

traînant la contrainte par corps dans les sociétés commerciales.

En présence de ce dernier résultat, surtout, il peut être du plus haut intérêt de déterminer le véritable caractère de la société. Nous devons donc, avant tout, rechercher ce qu'est la société commerciale, et à quelles conditions on devra la reconnaître.

86. La société commerciale est celle qui a pour objet de faire le commerce, soit par l'exploitation d'une branche d'industrie déterminée, soit par l'exercice habituel d'actes de commerce.

Aucune difficulté ne saurait donc sérieusement naître pour les sociétés dont le but est de se livrer à un ou à plusieurs des actes que les art. 632 et 633 C. comm. qualifient d'actes de commerce. Ce but les caractériserait suffisamment, elles seraient essentiellement commerciales.

87. Mais il n'est pas toujours facile d'arriver à une détermination précise. Certains actes peuvent laisser du doute sur leur nature réelle, et ce doute réfléchit nécessairement sur le caractère de la société qui a pour but de les accomplir. C'est alors dans l'usage, dans la doctrine, dans la jurisprudence, qu'il convient de puiser les éléments de décision.

88. Une première difficulté s'est offerte relativement à l'achat d'immeubles pour les revendre. L'achat pour revendre n'est rangé par la loi dans la catégorie des actes de commerce, qu'en tant qu'il a pour objet des denrées ou marchandises. Sous ce rapport, donc, il semble qu'on ne devrait pas hésiter, un immeuble

n'étant évidemment ni une denrée, ni une marchandise. La société qui a pour but de les acheter pour les revendre ne présente rien de commercial ni en la forme, ni au fond.

Le contraire a été cependant consacré par la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 mars 1818. Cet arrêt est approuvé par les auteurs du *Répertoire du Journal du Palais*. Sans doute, disent-ils, les immeubles ne sont pas habituellement l'objet de transactions commerciales; cependant l'importance de l'opération ou la nature des choses achetées pour être revendues n'ont pas été tellement déterminées par la loi qu'on doive refuser le caractère commercial à toute opération ayant des immeubles pour objet [1].

L'objection est singulière en présence du texte de l'art. 632. Non, la loi ne s'est nullement préoccupée de l'importance de l'achat ou de la revente, mais il n'en est pas de même de la nature des choses en faisant la matière. La loi la détermine en exigeant que ce soient des denrées ou marchandises. Elle exclut donc, par cela même, les immeubles qu'on ne peut évidemment classer dans l'une ou l'autre de ces catégories.

Voyez où conduirait le système que nous combattons. Il est incontestable qu'un seul fait d'achat de denrées ou marchandises pour les revendre constitue, même de la part d'un non-négociant, un acte de commerce pour lequel il est soumis à la juridiction consulaire, et passible de la contrainte par corps. Il faudrait

[1] Vº Société, n. 108.

donc, pour être logique, consacrer le même résultat contre celui qui aurait acheté un seul immeuble pour le revendre. En effet, la multiplicité des opérations n'est à considérer que lorsqu'il s'agit de l'acquisition de la qualité de commerçant par l'exercice habituel des actes de commerce. Or, nous le demandons, une telle conséquence peut-elle entrer dans les prévisions de qui que ce soit? n'arriverait-elle pas à la plus monstrueuse anomalie, puisque ce serait par la revente qu'on pourrait juger de la nature de l'opération, et que l'achat d'un immeuble, contracté sans intention de le revendre, deviendrait un acte de commerce par cela seul que, pour profiter d'une occasion favorable et pour réaliser un bénéfice inespéré, on aurait consenti cette revente.

Sans doute, dans ces derniers temps, les achats d'immeubles pour revendre se sont multipliés, ont acquis des développements importants; mais qu'importe, si, par lui-même, le fait n'a rien de commercial? Une société qui se le proposera pour objet et pour but ne pourra être qu'une société civile, à moins d'admettre que la répétition, que la fréquence d'un acte quelconque doit lui attribuer le caractère commercial, quoiqu'en lui-même et pris isolément il exclue toute idée de ce genre.

Il faudrait donc, pour décider que l'association pour acheter et revendre des immeubles est une société commerciale, soutenir que le fait en lui-même constitue un acte de commerce rendant l'acheteur, quel qu'il soit, justiciable de la juridiction consulaire et passible

de la contrainte par corps. Si la proposition contraire est la seule admissible, la seule vraie, il faudra en conclure que la société se proposant cet achat et cette revente, quelle que soit son importance, ne saurait jamais être qu'une société civile.

89. C'est ce que la Cour de cassation avait elle-même décidé, par arrêt du 28 brum. an XIII, déclarant que la société pour acquérir et revendre des immeubles serait une société extraordinaire, qui ne pourrait être assimilée à une société commerciale. C'est dans ce sens que se sont, en majorité, prononcées les Cours d'appel [1].

Le même système peut invoquer la majorité dans la doctrine. La plupart des auteurs enseignent, en effet, que les choses mobilières sont les seules dont les achats pour revendre constituent des négociations commerciales. Ainsi on ne peut donner cette qualification à des achats d'immeubles pour les diviser et les revendre par portions, quand même cette vente pourrait être ou aurait été effectuée avec bénéfice [2].

90. M. Troplong se range lui-même à cette opinion. Cependant, tout en reconnaissant que l'achat d'immeubles pour les revendre ne rentre pas dans l'application de l'art. 632, ce savant jurisconsulte déclare le regretter. Assurément, dit-il, c'est une lacune; on ne verrait pas pourquoi on hésiterait à traiter comme

[1] Voy. notamment Metz, 18 juin 1812. Paris, 8 octobre 1830 et 28 août 1841. J. D. P., t. II, 1841, 412.

[2] Pardessus, t. I, n. 8. Merlin, *Quest. de Droit*, actes de com., § 5. Malepeyre et Jourdain, *Soc. com.*, p. 9. Delangle, *ibid.*, n. 28.

Digitized by Google

commerçants ceux qui traitent la propriété foncière comme une marchandise.

Aussi arrive-t-il à conclure que, bien que par elle-même une société de ce genre n'ait rien de commercial, les parties peuvent cependant, par une expression manifeste de leur volonté, lui imprimer ce caractère. Il désire que la jurisprudence se prononce dans ce sens [1].

Nous ne pouvons partager ni ce regret, ni ce vœu. L'un et l'autre ne tendent qu'à entraver et à restreindre des opérations dignes d'être hautement encouragées.

Dans un pays comme la France, et sous l'empire des institutions politiques qui nous régissent, le morcellement de la propriété est désirable, parce qu'il est avantageux sous plus d'un rapport.

91. Il intéresse d'abord la prospérité publique par le développement qu'il imprime à l'agriculture, en multipliant les terrains productifs. Une propriété considérable languit dans une seule main; la dépense que son exploitation coûterait la fait bientôt négliger et restreindre. Nous connaissons dans notre pays des terres qui, soumises à un seul tènement, ne produisaient qu'une ferme de 25,000 fr., et qui, par leur division en plusieurs fermes et par leur exploitation par divers fermiers, ont atteint aujourd'hui un revenu de 72,000 fr.

Que sera-ce donc si à l'intérêt d'un simple fermier

[1] *Des Sociétés*, n[os] 319 et 320.

vous substituez celui d'un propriétaire, recherchant l'amélioration foncière qui doit augmenter non-seulement ses revenus, mais encore son capital? Comme élément de culture et de mise en production, le morcellement de la propriété est donc avantageux non-seulement aux citoyens mais à l'État lui-même, puisque, en augmentant le bien-être des uns, il concourt efficacement à la prospérité de l'autre.

Sous un autre rapport, ce morcellement est appelé à rendre d'importants services. En divisant la propriété, en la multipliant, il rattache plus fortement le cultivateur au sol, inspire naturellement des idées de conservation, répand sur une vaste échelle l'intérêt qui s'attache au droit, et qui devient à son tour la plus énergique garantie de l'ordre et de la sécurité publique. Beaucoup de gens consentiraient volontiers à partager ce que le voisin possède, mais ils n'ont pas assez de malédictions contre ceux qui proposeraient de partager ce qui leur appartient personnellement.

Il ne faut donc pas trop se gendarmer contre ceux dont les efforts tendent à de pareils résultats. Il importe peu que leurs actes n'aient pour but que la spéculation, que leur intérêt particulier soit le mobile de leur conduite; il suffit que leurs efforts tournent à l'avantage du bien public pour qu'on ne les place pas, au moins, hors du droit commun. Or, quoi qu'on dise, et quelque multipliées que soient les transactions sur les immeubles, celui-ci ne permettra pas d'assimiler ces immeubles à des denrées ou marchandises. La raison et le bon sens répugneront sans cesse à mettre sur la

même ligne deux choses si essentiellement distinctes, non-seulement par leur nature, mais encore par la forme de leur transmission.

92. Cela donné et le caractère matériellement civil de la société établi, comment pourrait-il être que la volonté des parties pût lui imprimer le caractère commercial? Les conséquences qui résulteraient d'une telle stipulation en démontrent suffisamment l'impossibilité. Ainsi, il est de principe que nul ne peut déroger à des lois d'ordre public; que nul ne peut se soumettre à la contrainte par corps hors des cas formellement prévus. Or, donner à une société civile un caractère commercial, c'est changer l'ordre des juridictions et déférer au tribunal de commerce ce qui appartient exclusivement aux tribunaux ordinaires; c'est se soumettre aux règles régissant la faillite; c'est, dans tous les cas, se rendre passible de la contrainte par corps; c'est donc, sous un triple rapport, faire ce que la loi prohibe formellement.

Au lieu donc de valider une telle convention, les tribunaux auraient à l'anéantir. Leur devoir serait de dire, avec M. Delangle, que la loi restant au-dessus des accords des parties, c'est à elle qu'il faut exclusivement demander la détermination de l'acte et ses conséquences légales; qu'ainsi, « s'il s'agit d'un fait qui ne rentre pas « dans les prévisions du C. de comm., la société dont « il est la base est, en dépit des stipulations con- « traires, une société civile [1]. »

[1] Delangle, *loco citato*.

93. Cette règle, faisant résulter le caractère de l'acte du fait lui-même et non de l'intention des parties, a été, dans maintes circonstances, sanctionnée par la Cour de cassation. Nous la trouvons notamment recommandée en ces termes dans un de ses arrêts rendu le 10 août 1842, en matière de société, précisément :

« Bien qu'un acte porte la qualification d'une société en commandite par actions, avec indication d'un gérant responsable, d'une raison sociale, et du président du tribunal de commerce pour nommer des arbitres, en cas de différends entre associés, si d'autres clauses de cet acte n'assurent aux souscripteurs d'actions que les intérêts au 5 pour cent, en attribuant au gérant la faculté de rembourser ces actions de ses deniers, et de mettre fin à la société même avant le terme fixé, et en réservant au gérant seul la propriété de l'immeuble social, lequel demeure seulement hypothéqué à la sûreté du remboursement des actions ; on doit décider qu'un tel acte est dépourvu des caractères constitutifs d'une société commerciale, et n'est qu'une convention purement civile, qui ne peut rendre le gérant passible de la contrainte par corps à l'égard des tiers qui ont contracté avec lui, ou sujet à être déclaré en état de faillite.

« Un acte contenant des clauses incompatibles avec la nature de la société en commandite, dont toutefois il porte la qualification, n'acquiert pas ce caractère, vis-à-vis des tiers, par la publication qui en est faite par extrait, conformément à l'article 42 du Code de commerce ; alors même que cet extrait ne

rappelle que des clauses constitutives d'une société commerciale, sans parler de celles qui font dégénérer le contrat en convention civile et ordinaire. Par suite, les tiers qui ont traité de bonne foi avec l'individu désigné comme gérant responsable de la société ne peuvent prétendre qu'à leur égard, d'après les termes de l'extrait, l'engagement doit être réputé contracté par une véritable société commerciale, soumise, pour son exécution, aux dispositions relatives à la faillite et à la contrainte par corps.

« Les dispositions relatives aux faillites et à la contrainte par corps sont d'ordre public, et ne peuvent être étendues hors des cas prévus [1].»

Il s'agissait, dans cette espèce, de la construction d'une salle de spectacle. L'intention de la rendre la matière d'une société commerciale résultait de l'acte adoptant la forme de la commandite, de la nomination d'un gérant responsable, de l'indication d'une raison sociale, de l'appel à la juridiction arbitrale entre associés, enfin, de la publication de l'acte dans les formes prescrites par l'article 42 Code comm.; cette intention est cependant considérée comme impuissante, comme ne pouvant prévaloir sur la nature du fait, et comme celui-ci n'a en lui-même rien de commercial, la Cour supérieure, négligeant l'intention, repousse toute idée de société commerciale, et cela contre les tiers trompés par la publication.

Ce qui la détermine, c'est que convertir un acte civil

[1] D. P., 42, 1, 226.

en opération commerciale, c'est se soumettre volontairement à la contrainte par corps et aux formes de la faillite; c'est formellement déroger à la loi d'ordre public qui le prohibe. Or, n'est-ce pas là ce qui se réaliserait pour les associés donnant le caractère commercial à l'achat d'immeubles pour les revendre? Ce qui est illégal dans une hypothèse ne le serait pas moins dans celle-ci, et cette illégalité suffit pour rendre l'opinion de M. Troplong inadmissible, et pour faire repousser ses vœux, tant que le législateur ne les aura pas formellement consacrés.

94. La loi du 21 avril 1810 sur les mines dispose que leur exploitation n'est pas considérée comme un commerce. Le propriétaire ou concessionnaire de la mine est à l'instar de tout autre propriétaire disposant du produit de ses biens. Il jouit de la mine comme ce dernier de la propriété. Il n'est donc pas possible de voir en lui un commerçant.

Mais l'ouverture et la mise en produit d'une mine exigent, en général, des avances considérables; l'écoulement des produits n'est pas toujours immédiat; il faut se créer des débouchés, et, en attendant, les dépenses ne s'arrêtent pas. Peu de capitalistes, donc, pourraient y consacrer avec prudence leur fortune entière, leur responsabilité indéfinie; tandis qu'elles sont sûrement et promptement réalisées par une réunion d'actionnaires, dont chacun ne risque qu'une somme médiocre. L'intérêt public est évidemment de favoriser un mode d'entreprise avec lequel s'exécutent des travaux utiles qu'on ne pourrait tenter

d'aucune autre manière, et par le bienfait desquels la mauvaise réussite elle-même ne renverserait aucune fortune. Aussi voyons-nous la loi encourager des sociétés de ce genre, en les appelant à demander et à obtenir des concessions.

Quel sera le caractère de ces sociétés? Aucun doute ne saurait s'élever lorsque, contractées avant la concession, elles ont été déclarée elles-mêmes concessionnaires, ou, lorsqu'après concession, celui qui l'a obtenue s'associe des personnes déterminées, ou enfin, lorsque divers concessionnaires se réunissant conviennent d'exploiter en commun. Dans tous ces cas, la société n'a pas d'autre objet que l'exploitation matérielle, laquelle, étant déclarée par la loi purement civile, ne saurait recevoir le type commercial de l'existence d'une société ordinaire. C'est ce qui a été admis en jurisprudence [1]; c'est ce qui a été consacré par le conseil d'État, refusant de soumettre à la patente une société formée entre concessionnaires de mines [2].

95. Mais la difficulté surgit lorsque les concessionnaires faisant un appel au public font de leur exploitation la matière d'une société en commandite ou anonyme. L'une et l'autre, appartenant exclusivement au commerce, le choix de l'une d'elles imprimera-t-il à l'exploitation le caractère commercial?

96. Pour la négative, on a invoqué le principe que nous rappelions tout à l'heure, à savoir que c'est non

[1] Cass., 7 février 1826, 24 juin 1829, 15 avril 1834, 10 mars 1844. D. P. 34, 1, 95, 45, 1, 358. Rennes, 13 juin 1833. Aix, 12 mars 1840.

[2] Ordonn. du 7 juin 1836. D. P., 37, 3, 135.

par la forme qu'elle reçoit, mais uniquement par l'objet qu'elle se propose qu'il faut apprécier le caractère de la société. M. Duvergier, soutenant cette opinion, rappelle une consultation dans laquelle il l'avait développée, et à laquelle M. Philippe Dupin donnait l'adhésion suivante : Il est établi que l'exploitation d'une mine ne constitue nullement une opération commerciale. Cela posé, il n'apparaît pas que la forme de la commandite, adoptée pour la réunion des capitaux destinés à cette exploitation, puisse imprimer à l'opération un caractère commercial qu'elle n'a point elle-même. C'est la nature même de l'opération qu'il faut apprécier. Si elle était commerciale, elle resterait telle, quel que fût le mode adopté pour sa mise en action ; ne l'étant pas, elle demeure opération civile, quels que soient le nom qu'on lui donne et la forme dont on la revêt [1].

A son tour, M. Troplong s'écrie : En principe, rien n'est plus faux que de s'attacher à la forme. La société civile n'a pas été emprisonnée dans telle ou telle organisation sacramentelle. Des statuts particuliers peuvent former sa constitution de tous les pactes qui ne sont pas illicites; et rien n'empêche d'importer dans la société civile quelques-unes des formes et des obligations qui distinguent plus particulièrement les sociétés commerciales. De tels emprunts ne changent pas la nature des choses [2].

97. C'est là, à notre avis, résoudre la question, mais

[1] Duvergier, *des Sociétés*, n. 485.

[2] Sur les art. 1841, 1842, n. 328.

non la discuter. Cependant les objections produites à l'appui de l'opinion contraire méritaient une réfutation quelconque, mais surtout un sérieux examen.

On a fait remarquer d'abord que la loi ne reconnaît que deux espèces de sociétés civiles : la société générale ou la société particulière. La société anonyme ou en commandite, indépendamment de ce qu'elle est expressément qualifiée de commerciale, ne constitue ni une société générale, ni une société particulière; elle exclut donc par cela seul toute idée d'un caractère civil. Sans doute ce serait là une vaine chicane, si à l'opposition dans les mots ne venait se joindre une différence énergique dans les effets: les associés civils ne répondent pas solidairement des dettes sociales, mais chacun d'eux est de plein droit tenu de sa portion virile. Or, n'est-ce pas annuler cette obligation que de la restreindre, dans tous les cas, au montant de l'action ou de la mise?

Dira-t-on que cette restriction est autorisée par l'art. 1863 C. Nap.? Mais on ne saurait équivoquer sur la nature de cette disposition. Elle permet bien de stipuler dans l'acte qu'un des associés, ayant dans la société une part moindre, ne contribuera aux dettes qu'à concurrence de cette part; mais dans cette hypothèse, ce que celui-ci aura à payer en moins se répartira en plus sur les autres associés. Le créancier recevra donc, même dans cette hypothèse, l'intégralité de ce qui lui est dû, sauf une proportionnalité différente entre ses débiteurs.

Mais dans la société anonyme chaque actionnaire n'est tenu que du montant de ses actions. Si leur

ensemble est insuffisant pour le payement intégral des dettes, la perte sera pour les créanciers, puisque, par le payement de leur action, chaque associé se trouvera intégralement libéré. Est-ce là, nous le demandons, un résultat que l'art. 1863 ait voulu consacrer?

Un pareil résultat, d'ailleurs, peut se concevoir par la possibilité de faire déclarer la faillite, et d'obliger par là tous les créanciers à supporter leur part dans la perte. Mais la société civile ne peut être déclarée en état de faillite, et ce qui naîtra de cet état de choses, c'est que les uns recevront tout ce qui leur est dû et les autres rien; c'est que des fraudes nombreuses pourront impunément se commettre; que les créanciers éloignés seront nécessairement sacrifiés; c'est qu'enfin la préférence que les administrateurs voudront témoigner pourra seule présider au payement des dettes.

En présence d'une pareille éventualité, il n'y a pas à hésiter, il faut nécessairement conclure que la société anonyme est incompatible avec la société civile. Elle offre, en effet, pour gage aux créanciers une mise de fonds déterminée, qui peut être insuffisante ou non, et au delà de laquelle c'est le créancier qui subit la perte sans avoir rien à réclamer de personne. Le contraire est de l'essence de la société civile. Elle oblige chaque associé, quoique sans solidarité, à sa part de la dette. Cette obligation est indéfinie en sommes, s'étend à tous les biens de l'associé et le rend passible, dans les limites posées par l'acte social, de tout appel de fonds, de toute perte indépendante de sa première

mise, ou de la valeur originaire de son intérêt. Comment donc concevoir l'existence simultanée de deux sociétés dont les effets s'excluent mutuellement?

N'est-ce pas cette différence si décisive qui a déterminé le législateur à qualifier exclusivement de commerciale la société anonyme ou en commandite? On a voulu expliquer le silence qu'il garde sur l'une et sur l'autre en matière civile. Dans la société commerciale, a-t-on dit, la solidarité est de droit commun. L'intention du législateur étant de l'exclure dans la commandite et dans la société anonyme, il était nécessaire qu'il s'en expliquât. Mais cette objection est évidemment sans portée, car la nécessité qu'elle suppose n'existait pas moins à l'endroit de la société civile. En effet, si les associés ne sont pas dans celle-ci déclarés solidaires, ils ne sont pas moins formellement soumis à leur portion virile dans la dette. En conséquence, si le législateur avait prévu et admis une exception à cette obligation, il aurait dû s'en expliquer. Or, cette exception, nous l'avons dit, résulterait de l'adoption de la forme de la société anonyme ou en commandite. Le silence du législateur est donc l'exclusion de celle-ci en matière civile.

98. Maintenant faut-il conclure de là que la forme doit l'emporter sur le fond, et que toute société, qualifiée mal à propos de commandite ou d'anonyme, sera nécessairement commerciale? Non, évidemment, car la forme ne pourra jamais prévaloir sur la nature des choses, et rendre commercial ce qui n'a jamais été susceptible de l'être. C'est ce que nous venons d'enseigner pour l'achat et la revente des immeubles.

Qu'une société de ce genre ait été qualifiée d'anonyme ou de commandite, elle n'en restera pas moins civile, elle n'en sera pas moins régie par les règles et les effets de celle-ci. On ne pourrait, en effet, lui appliquer les principes commerciaux sans admettre qu'on a pu volontairement se soumettre à la juridiction consulaire, à la contrainte par corps, à la faillite, ce qui est expressément prohibé par la loi.

99. Ainsi, lorsque l'acte que se propose la société répugne au caractère commercial, quelle que soit la dénomination qu'elle ait reçue, cette société restera purement civile. Peut-on ranger dans cette catégorie l'acte consistant à exploiter une mine ? Non, sans doute, car se procurer à plus ou moins de frais des produits destinés à être revendus avec bénéfice, c'est évidemment se livrer à un fait offrant l'idée et les caractères du commerce. C'est ainsi qu'avant la loi de 1810, l'exploitation d'une mine était considérée comme une opération commerciale.

Qu'a voulu faire le législateur de cette époque? méconnaître la véritable nature de l'opération ? Non; mais créer un privilége de nature à encourager des entreprises qu'il importait de favoriser. L'exploitation des mines se lie intimement à la prospérité publique; il convenait donc d'appeler les capitaux vers cette destination. On n'a pas voulu assimiler à des marchands des hommes assez hardis pour ne pas reculer devant des entreprises si coûteuses, et qui, bravant la chance d'une ruine complète, auraient peut-être reculé s'il eût fallu joindre à cette chance celle d'une déclaration

de faillite, celle de la privation de leur liberté. Ce privilége, ajoute M. Delangle, s'harmonisait d'ailleurs fort bien avec le caractère que la loi imprime à la concession. La mine est un immeuble distinct de la surface, susceptible d'hypothèque, et soumis, quant à sa transmission, aux formes du droit civil. Le concessionnaire devait donc être assimilé, quant aux produits qu'il retire, à tout autre propriétaire percevant les récoltes de ses immeubles.

Mais rien n'empêche ce dernier de faire de ces récoltes mêmes l'objet d'un commerce. Celui dont les vignobles produisent une grande quantité de vin, celui qui possède de vastes forêts, peut devenir, dans toute l'acception du mot, marchand de vin ou de bois; et lorsque, pour s'ouvrir de plus amples débouchés, il a publiquement pris et exercé cette qualité, sera-t-il recevable à en décliner les conséquences, sous prétexte qu'il ne vend, en réalité, que le produit de ses propres récoltes?

Pourquoi n'en serait-il pas de même du concessionnaire d'une mine? Il n'est pas légalement commerçant, mais il est libre de prendre cette qualité, dès que son intérêt lui en fait un devoir ou un besoin. Son industrie se rapproche si fort du commerce, qu'aucune des objections opposables à l'acheteur d'immeubles pour les revendre ne saurait lui être opposée. Qu'on nous permette ces expressions : dans ce cas, il y a une incompétence *ratione materiæ*. Pour le concessionnaire, l'incompétence n'est plus que personnelle; or, chacun peut renoncer à celle-ci, qui n'est qu'un bénéfice dont on peut vouloir ne pas profiter.

100. Or, cette intention nous la faisons résulter, de plein droit, de l'appel que le concessionnaire fait au public, de la forme commerciale qu'il donne à la réunion des capitaux qu'il crée. Son exploitation particulière disparaît et s'efface par le transfert de la propriété de la mine en faveur de la société ; celle-ci, dès lors, doit être considérée comme achetant en bloc des produits mobiliers, qu'elle revendra en détail. Elle fait donc véritablement une opération purement commerciale.

M. Troplong reconnaît à la loi de 1810 le caractère que nous lui donnons, et en admet toutes les conséquences. Si les concessionnaires, dit-il, en se réunissant en société, déclarent, par une manifestation expresse de volonté, que leur société est commerciale et non civile, cette volonté est légale, elle doit sortir à effets ; on ne serait pas reçu à soutenir, après coup, que la société n'a pu être dépouillée de son caractère civil. La loi de 1810 a fait pour les concessionnaires des mines ce que l'article 638 du Code de commerce a fait pour les propriétaires d'immeubles ; donc il n'est pas plus interdit à ceux-là qu'à ceux-ci de recourir à la qualité de commerçant, pour donner une base plus large à leur crédit et à leurs opérations [1].

Cela posé, la difficulté se résumerait dans la détermination des caractères que doit offrir l'addition de la qualité de commerçant. Faudra-t-il qu'elle soit expresse ? Pourra-t-on l'induire de l'acte même ? Nous

[1] Sur les art. 1841, 1842, n. 331.

n'hésitons pas à nous prononcer dans ce dernier sens. A nos yeux, il ne saurait exister une renonciation au privilége du concessionnaire plus énergique que l'adoption de la forme commerciale. Cette adoption résulte manifestement de la création d'une société anonyme ou en commandite, car l'une et l'autre sont déclarées par la loi sociétés de commerce.

101. Cette doctrine, enseignée notamment par MM. Emile Vincent et Delangle [1], paraît devoir être consacrée par la jurisprudence. Les magistrats qui considèrent comme civile la société contractée entre personnes déterminées, pour l'exploitation d'une mine, repoussent ce caractère à l'endroit de celle qui revêt la forme de la commandite ou de l'anonyme. L'art. 32 de la loi du 29 avril 1810, dit notamment la Cour de cassation, dans un arrêt du 30 avril 1828, est sans application, ne s'agissant pas d'une exploitation qui doive avoir lieu sous la direction et pour le compte des concessionnaires, mais d'une spéculation de commerce ayant pour objet une réunion d'actionnaires. C'est ce qui a été également décidé : par la Cour de Bordeaux, le 22 juin 1833 ; par la Cour de Caen, le 26 janvier 1836 ; par la Cour de Paris, le 19 août 1841 ; par la Cour de Dijon, le 26 avril, même année ; par la Cour d'Angers, le 5 février 1842 [2].

102. En résumé, donc, la société pour l'exploitation des mines n'est pas par elle-même une société commerciale ; mais elle prend ce caractère lorsque, faisant

[1] *Lég. com.*, t. I, liv. IV, n. 19. *Des Sociétés*, t. I, n. 36.
[2] D. P. 40, 2, 223. 41, 2, 216 et 247. 42, 2, 36.

appel aux capitaux du public, elle se révèle sous la forme d'une société anonyme ou en commandite. Alors, en effet, elle devient une véritable société de commerce en la forme et au fond.

En la forme, puisqu'elle en a tout l'appareil, et que les conditions imposées pour la validité des conventions de cette nature ont été remplies.

Au fond, puisque l'objet de ses spéculations est essentiellement commercial, c'est-à-dire mobilier, d'un transfert facile, et ne réclamant pas l'application des règles du droit civil.

Cette solution, parfaitement justifiée en droit, se recommande en morale et en équité. Les inconvénients du système contraire seraient nombreux, les fraudes qu'il créerait, faciles et graves. Nous dirons donc, avec M. Delangle, qu'on ne doit pas hésiter à le proscrire, parce qu'il ne faut pas :

1° Que le public, qui a vu se former régulièrement un être collectif, qui l'a vu se personnifier dans des gérants, contracter sous un nom social et ne spéculer que sur des choses qui s'approprient aux combinaisons commerciales, soit trompé dans ses espérances, et, par une transformation inattendue, privé des garanties attachées à la forme de la société ;

2° Que les actionnaires, qui n'ont entendu s'engager que jusqu'à concurrence d'une certaine somme, et qui l'ont versée dans la caisse sociale, soient exposés à supporter les conséquences d'une gestion, que la constitution même de la société ne leur permet pas de surveiller ;

Digitized by Google

3° Que les gérants puissent, enfin, en déposant leur qualité comme on dépose un masque, échapper à la nécessité de payer les dettes sociales, *aut in ære, aut in cute.*

Certes, nous sommes loin de contester les services que la commandite ou l'anonyme est appelée à rendre à la société purement civile. Les vastes entreprises qu'elle peut avoir pour objet exigent également des ressources auxquelles l'association seule peut faire face. Il serait donc à désirer qu'elle pût, comme la société commerciale, disposer du levier puissant que celle-ci peut employer. Mais, comme l'observe très-judicieusement M. Vincent, le contraire, actuellement certain, signale une regrettable lacune dans notre législation. Qu'on y pourvoie donc par une loi nouvelle, rien de plus raisonnable ; mais, jusque-là, faudra-t-il bien se courber sous l'autorité de celle qui nous régit.

103. L'assimilation entre le concessionnaire de mines et un propriétaire ordinaire a fait surgir la question de savoir si la société, dans le but d'opérer la recherche et l'ouverture d'une mine, pour en demander plus tard la concession, était commerciale ou civile.

A l'appui du caractère commercial, on a dit : Tant que la concession n'a pas eu lieu, ceux qui se proposent de l'obtenir agissent sur la propriété d'autrui. Les produits qu'ils obtiennent pour les revendre sont donc censés achetés par eux, car on ne saurait, en l'absence de tout droit de propriété, les considérer comme exploitant leurs propres fonds. Leur société n'offre donc

pas la condition exigée pour qu'elle ne fût qu'une société civile.

Mais la Cour de Nancy, saisie de la question, a, par arrêt du 28 novembre 1840, adopté l'opinion contraire. « Attendu, dit-elle, que la société pour l'exploitation d'une mine est subordonnée à l'éventualité d'une concession à obtenir du gouvernement ; que l'article 13 de la loi de 1810 offre aux individus réunis en société, tout aussi bien qu'à ceux qui agissent isolément, le droit de demander et la possibilité d'obtenir une concession de mines ; que l'article 32 de la même loi porte : que l'exploitation des mines n'est pas considérée comme un commerce; que peu importe que les travaux aient été exécutés avant l'obtention de la concession demandée au nom des associés, et que le terrain sur lequel les fouilles ont été pratiquées n'appartienne pas aux sociétaires; que ceux-ci ne peuvent tirer avantage de ces faits, dont des tiers seuls seraient aptes à se prévaloir [1].»

Cet arrêt fait une nouvelle et saine application du principe que c'est par le but qu'elle se propose qu'il faut juger du caractère de la société. Dans l'espèce, ce but n'étant que l'exploitation légale d'une mine, exploitation déclarée civile par la loi, comment reconnaître à l'association le caractère commercial?

D'autre part, il conclut, avec raison, de l'appel fait par la loi aux sociétés, qu'on ne saurait, sans se placer en contradiction avec l'esprit du législateur, restreindre les occasions dans lesquelles elles sont appe-

[1] D. P. 41, 2, 81.

lées à se former, en les soumettant à la juridiction consulaire, à la contrainte par corps, à une déclaration de faillite, pour des travaux que la loi considère comme un préalable indispensable. Ce n'est, en effet, qu'après leur exécution, qu'après que la richesse de la mine, qu'ils ont pour objet de faire connaître, sera appréciée, que la concession pourra être accordée. Il serait d'ailleurs fort irrationnel d'obliger ces sociétés à traverser la forme commerciale, pour aboutir à une société purement civile.

Ainsi, quelle que soit la position de la société, son but n'étant que de parvenir à une exploitation régulière d'une mine, elle demeure civile, alors même que la concession ne lui aurait pas été accordée. Les travaux par elle exécutés jusque-là sont caractérisés par leur objet; ils n'ont rien de commercial, soit d'associé à associé, soit vis-à-vis de leurs créanciers, personne autre que le propriétaire de la surface n'étant recevable à exciper de l'absence de la propriété du fonds sur lequel ces travaux ont été entrepris.

Si la concession a été accordée, son obtention rétroagit au jour des premières recherches pour découvrir la mine. Les travaux, dans leur ensemble, constituent l'exploitation, sans distinction aucune entre ceux qui l'ont précédée et ceux qui l'ont suivie. Les uns et les autres ont été exécutés dans la même intention, dans un but unique, et ce but n'a rien de commercial, par une disposition expresse de la loi.

104. Le fermier d'un bien rural exploite au même titre que le propriétaire auquel il se trouve substitué ;

il ne saurait en être autrement pour le locataire d'une mine. Conséquemment, les personnes qui auraient contracté une société, à l'effet de cette location, ne feraient que se livrer à une opération civile.

Mais ce qui arrive pour le concessionnaire lui-même se réaliserait pour les locataires. Conséquemment, si la société a pris la forme d'une société commerciale, si elle est en commandite ou anonyme, les locataires sont censés avoir volontairement renoncé au caractère civil, et leur société demeure régie par les principes commerciaux.

105. La loi de 1810, spéciale aux mines, ne reçoit aucune application aux carrières; celles-ci constituent une propriété ordinaire. Conséquemment, celui qui les exploite dans son propre fonds et pour son compte personnel ne fait que percevoir les produits de sa propriété; il ne fait donc pas acte de commerce.

Mais il n'en est plus ainsi si l'exploitation de la carrière est le fait d'une société organisée pour la revente de ses produits. L'opération devient alors commerciale, même à l'égard du propriétaire, s'il fait lui-même partie de la société.

Ainsi, il a été jugé que le propriétaire d'une carrière qui en loue l'exploitation et qui s'associe au locataire contracte, par cela même, une société commerciale puisque, de la part de celui qui loue une carrière pour en revendre les produits, l'opération est essentiellement commerciale [1].

[1] Bordeaux, 29 février 1832. Caen, 26 janvier 1836.

Toutefois, ainsi que l'observe M. Troplong, il faut, à l'égard du propriétaire, apprécier la nature de la société qu'il contracte et son objet. Si celui-ci a été exclusivement de se créer des moyens pour sa propre exploitation, on ne devrait pas déclarer cette société commerciale. Si, par exemple, je m'associe des ouvriers mineurs pour extraire la pierre, et un voiturier pour la transporter à un dépôt dans un bourg voisin, que fais-je autre chose, dit ce savant jurisconsulte, sinon tirer parti de mon immeuble et en vendre les produits ? Or, pourquoi l'association qui me vient en aide transformerait-elle en un acte de commerce un fait qui serait acte de propriétaire, s'il était fait par moi seul[1] ?

Il est évident que, pour que cette transformation puisse s'opérer, il faut, d'une part, que la nouvelle entreprise puisse constituer, de la part de ses auteurs, un acte de commerce ; de l'autre, que l'intention des parties soit certaine, qu'elle résulte de la nature des choses ou de la forme donnée à la société. Ainsi, M. Troplong l'admet lui-même, lorsque le propriétaire confond ses intérêts dans une association ayant pour but la location et l'exploitation de la carrière.

Dans l'hypothèse qu'il suppose, nous ne rencontrons aucun de ces caractères. A vrai dire, il n'existe pas même une véritable société. Le contrat intervenu entre les ouvriers, le voiturier et le propriétaire de la carrière, est plutôt un louage d'œuvres et d'industrie, avec

[1] Art. 1841 et 1842, n. 337.

participation dans les bénéfices; il ne constitue qu'un accessoire de l'exploitation.

106. Il est des sociétés dont le caractère se détermine tantôt par la qualité des personnes, tantôt par la destination de la chose. Au nombre des premières se placent les entreprises de travaux publics; dans les secondes, l'achat d'un théâtre pour l'exploiter, la construction d'un chemin de fer pour y opérer le transport pendant un temps déterminé.

107. Contracter l'obligation de construire un marché, une église, un théâtre, ce n'est pas faire un acte de commerce; l'association dont cette obligation devient la matière ne constitue donc qu'une société civile[1]. La même décision a été consacrée par arrêt de Paris du 28 août 1841, en faveur d'une société formée pour l'ouverture et l'agrandissement d'une nouvelle rue.

Dans ces diverses espèces, c'étaient des particuliers non commerçants qui avaient contracté ces diverses sociétés; ils n'exerçaient donc pas un acte de leur industrie. Sans doute, dans chacune d'elles, les fondateurs s'étaient proposé un bénéfice; mais la réalisation de celui-ci est également de l'essence de la société civile. N'est-elle pas définie par l'art. 1832 du Code Nap., un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter?

Dans l'espèce de l'arrêt du 31 janvier 1834, la qua-

[1] Cass., 30 avril 1822. Paris, 11 décembre 1830. Pau, 31 janvier 1834. Angers, 5 février 1842. J. D. P. 1, 1844, p. 789.

lité des parties pouvait offrir plus de difficultés : la société avait été contractée entre un tailleur de pierres et un charpentier, à l'effet de construire une église, ce qui rentrait dans l'exercice habituel de leur industrie.

La Cour de Pau n'hésita pas cependant à la déclarer purement civile. Elle considère, en effet, que de simples ouvriers ne sont ni commerçants ni marchands; que l'achat et la revente des matériaux nécessaires à la bâtisse, en supposant que les matériaux pussent être rangés dans la classe des denrées et marchandises, ne seraient actes de commerce qu'autant qu'ils sont l'acte principal et non le moyen accessoire; que ce n'était pas non plus une entreprise de fournitures, car la société n'avait pour objet que la délivrance d'un bâtiment après construction ; qu'enfin, les entreprises de construction ne rentrent dans la classe des opérations de commerce qu'autant qu'il s'agit de bâtiments destinés à la navigation intérieure ou extérieure.

108. M. Pardessus penche cependant vers l'opinion contraire. Les entreprises de travaux, dit-il, imposent des obligations consistant dans le service d'une multitude d'animaux et d'instruments de transport; dans l'achat, ou peut-être la fabrication, pour diminuer le prix d'achat, d'une quantité considérable de matières et de matériaux; en un mot, dans la combinaison d'entreprises de fournitures de tout genre [1]. C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour de Bastia, dans un arrêt du 8 avril 1834.

[1] T. 1, n. 36.

Il n'est aucun des actes indiqués par M. Pardessus qui soit nécessairement commercial, indépendamment de la qualité de la personne qui s'y livre et du but qu'elle se propose. Ainsi, qu'un propriétaire loue une plus ou moins grande quantité d'animaux ou de moyens de transport; qu'il achète ou fabrique, par le moyen d'ouvriers qu'il paye, plus ou moins de matériaux, il ne ferait acte de commerce que s'il fournissait lui-même à d'autres ces moyens de transport ou ces matériaux, car, alors seulement, il deviendrait un véritable entrepreneur, c'est-à-dire un commerçant dans le sens de l'art. 633 C. comm.

C'est ce que M. Pardessus reconnaît lui-même; car après les paroles que nous venons de transcrire, et qui tendent à faire considérer le constructeur comme se livrant à des actes commerciaux, il ajoute immédiatement : « Non pas en ce sens que celui qui exécute son marché, par l'emploi de ces moyens, se rende entrepreneur de fournitures envers d'autres, mais en ce sens qu'il fait avec tous ceux qui l'aident des marchés par lesquels ils entreprennent d'exécuter à sa décharge tout ou partie des travaux qu'il a lui-même promis, et de lui faire les fournitures dont il a besoin pour atteindre ce but. »

Mais comment le louage d'œuvres ou d'industrie, comment l'achat de matériaux, faits par un propriétaire sans aucun but de les rendre un objet de spéculation, pour les besoins seuls d'une construction dont il s'est chargé, pourraient-ils constituer un acte commercial? Qu'importe que de la part de ceux avec qui ce pro-

priétaire traitera, le contrat constitue un acte de commerce? N'est-ce pas là ce qui se réalise pour le commerçant traitant avec un non négociant? Or, est-il jamais venu dans la pensée de qui que ce soit de considérer ce dernier comme commerçant, quelque répétés, quelque nombreux, quelque importants que soient les achats qu'il peut faire ou les ventes qu'il consent?

Ainsi, celui qui se charge de construire un édifice quelconque, qui se rend adjudicataire de travaux publics ne se livre pas à une entreprise commerciale de fournitures; donc la société dont cette construction serait l'objet resterait purement civile. Perdrait-elle ce caractère, parce que les associés auraient sous-traité pour se procurer, soit la main-d'œuvre, soit les matériaux nécessaires? Nous ne pouvons l'admettre. Dans le premier cas, nous ne voyons qu'un louage d'œuvres et d'industrie sans intention d'en faire un sujet de spéculation et de trafic; dans le second, nous dirions, avec la Cour de Pau, qu'en admettant qu'on dût assimiler les matériaux pour construire aux denrées et marchandises dont parle l'art. 632, l'achat pour revendre n'est acte de commerce qu'autant qu'il est l'objet principal de la spéculation, et non un moyen accessoire à une autre opération.

L'opinion contraire amènerait à cette singulière conséquence : que l'opération serait civile si celui qui l'a entreprise pouvait y pourvoir par ses propres moyens, commerciale si n'en possédant que peu ou point, il était obligé de les demander à d'autres. Mais,

à ce titre, il est peu de personnes qui, construisant pour leur propre compte, ne dussent être considérées comme commerçantes. Il est fort rare, en effet, que celui qui bâtit ait en sa possession les matériaux de tout genre, et qu'il ne soit pas obligé de se les procurer. Or, le non-commerçant qui se charge de bâtir pour autrui ne fait pas autre chose que s'il le faisait pour lui-même; donc ce qui n'est pas commercial dans ce cas ne saurait le devenir dans l'autre.

C'est ce que nous avons vu consacrer par les cours de Paris, de Pau, d'Angers, par la Cour de cassation elle-même. Nous avons déjà rappelé son dernier arrêt, 30 avril 1842, par lequel il est jugé : que la société contractée par un architecte chargé de construire un théâtre, quoique revêtue des formes commerciales et publiée conformément à l'art. 42 C. com., ne laissait pas d'être une société purement civile.

Enfin, et alors même que certains actes pussent être considérés comme commerciaux, on arriverait au même résultat. La société civile peut, comme toute personne ordinaire, faire des actes pour lesquels elle sera passible de la juridiction consulaire et contraignable par corps. Mais cette circonstance accidentelle ne lui fera pas perdre son caractère. On doit continuer de l'apprécier par le but qu'elle se propose principalement, et ce but n'étant dans notre espèce que la livraison d'un édifice après construction, et ne constituant dès lors qu'une opération ordinaire, la société ne saurait être commerciale.

109. Mais il en serait autrement si la confection des

travaux a été prise ou confiée par ou à des entrepreneurs de profession. Ceux-ci sont de véritables commerçants. Ils ne contractent des marchés que pour exercer l'industrie pour laquelle ils sont patentés; ils n'agissent que dans une pensée de spéculation et de trafic. Quelle que soit donc la forme de ces marchés, ils sont par rapport à eux de véritables actes de commerce, et conséquemment la société dont ils deviendraient l'objet serait également commerciale. C'est dans ce sens, dit M. Troplong, que la Cour de Paris l'a décidé, par arrêt du 11 février 1837.

110. Voilà donc des sociétés qui, non commerciales par le fait, le deviennent par la qualité de leur fondateur. En voici d'autres auxquelles la destination de l'objet qu'elles se proposent imprime le même caractère.

L'achat d'un théâtre ne constitue qu'une opération civile ordinaire [1]; mais la loi répute acte de commerce toute entreprise de théâtre public. Dès lors l'achat d'un théâtre pour l'exploiter devient un fait commercial. Cette exploitation étant le but principal, l'achat n'est plus que le moyen d'y parvenir; comme accessoire, il suit le sort du principal. La société formée dans ce double objet est donc une société commerciale.

Il en serait de même de la création d'un établissement industriel. Ainsi, la Cour de Paris a jugé, le 9 avril 1847, que la société formée pour la construction d'une villa sanitaire, destinée à recevoir des ma-

[1] Cass., 30 avril 1822.

lades qui doivent y être traités par le magnétisme, a un caractère commercial soumettant ses fondateurs à la juridiction consulaire [1].

L'établissement d'un chemin de fer, à la charge de l'exploiter pendant un temps plus ou moins long, constitue une entreprise de transport, classée par la loi dans la catégorie des actes de commerce. La société contractée dans ce but est donc essentiellement commerciale. Par application de cette règle, il a été jugé :

1° Que les compagnies qui ont pris de pareilles entreprises sont des sociétés commerciales, pouvant être assignées devant le tribunal du siége de la société, et en la personne de l'associé chargé de répondre aux actions qui sont intentées à la compagnie [2];

2° Qu'une société formée en vue de la concession d'un chemin de fer, dont elle n'est pas restée adjudicataire, n'en est pas moins une société commerciale, dont les contestations doivent être soumises aux arbitres juges [3].

111. Les mêmes motifs s'appliqueraient à la construction d'un canal, sous condition de la concession de la jouissance. De quelque manière qu'elle doive s'effectuer, l'entreprise de transport est un acte de commerce. La seule différence existant entre un chemin de fer et un canal, c'est que dans l'un le transport s'opère par terre, et dans l'autre par eau. La société formée

[1] J. D. P., 1, 1847, p. 490.
[2] Rouen, 19 juin 1836. J. D. P., *ibid.*, p. 337.
[3] Paris, 19 mai 1848. J. D. P., 2, 1848, p. 224.

dans ce dernier but devrait donc être considérée de la même manière que dans le premier.

112. On a voulu assimiler à une entreprise de transport la société dans le but d'exploiter la concession du péage d'un pont. Une pareille société, a-t-on dit, est commerciale, car elle a un objet commercial. Le pont, en effet, destiné au passage de la rivière, sert au transport des personnes et des marchandises. Le tarif imposé à la perception du droit ne saurait être un obstacle, car la même circonstance se réalise pour les chemins de fer, pour les canaux, et qui n'empêche pas les compagnies qui les exploitent d'être considérées comme des sociétés commerciales.

Mais, répondait le tribunal de commerce de Lyon, la société pour percevoir le péage d'un pont n'a pour objet aucune opération commerciale. Elle ne se propose aucune entreprise de transport; elle se borne à la jouissance, à la perception, à la répartition du péage qui lui a été concédé. Elle ne peut, dès lors, être classée, à raison de son objet, que parmi les sociétés civiles.

Cette décision, déférée à la Cour de Lyon, fut par elle confirmée par arrêt du 15 décembre 1818. Attaqué par un pourvoi, cet arrêt reçut à son tour la sanction de la Cour régulatrice [1].

113. L'art. 632 C. comm. répute actes de commerce les assurances maritimes. Ce qui caractérise ce contrat, c'est que, moyennant une prime convenue, les

[1] Cass., 23 août 1820.

assureurs se chargent de tous les risques de la navigation, de toutes les fortunes de mer. Le gain de cette prime, en cas que le voyage se réalise sans encombre, constitue le bénéfice sur lequel spécule l'assureur, et qui se trouve, dès lors, acquis à la société contractante.

Le législateur considère donc comme commercial le contrat qui a pour objet ce bénéfice éventuel, en compensation duquel la partie court la chance de perte que le sort incertain de la navigation peut déterminer. Tel est essentiellement le caractère de l'assurance terrestre. Mais l'article 632 se taisant sur celle-ci, faut-il considérer ce silence comme devant la laisser dans la catégorie des opérations civiles?

114. L'affirmative ne saurait être raisonnablement soutenue. En effet, nous venons de le dire, c'est par la nature même de l'acte que doit être apprécié son caractère, et conséquemment celui de la société qui se l'est proposé. Si cet acte est commercial, rien ne saurait l'empêcher d'être considéré comme tel, et de produire les effets inhérents à ce caractère.

Or, que se proposent les compagnies d'assurances terrestres ordinaires? Uniquement la chance aléatoire de prendre pour leur compte le sinistre réalisé par suite d'événements imprévus et de force majeure; le prix de cette responsabilité, c'est une prime déterminée qu'elles reçoivent dans tous les cas, et qui peut devenir un bénéfice net, si la chose assurée reste à l'abri de tout dommage. En d'autres termes, l'assurance terrestre a le même but, le même objet que l'assurance

maritime; elle emploie les mêmes moyens, court les mêmes chances : seulement, celle-ci garantit contre les périls de la mer, celle-là garantit l'incendie, la grêle, la vie humaine même.

Comment donc se ferait-il qu'un acte identique puisse être commercial dans un cas, civil dans l'autre? Est-ce donc que la loi fait dépendre la commercialité de l'acte de la nature des périls? Nul ne saurait le soutenir. Ce qui constitue cette commercialité pour les assurances maritimes, c'est la chance de gain et de perte, faisant de l'opération une véritable spéculation ayant, comme tout commerce, ses éventualités heureuses et malheureuses. Qu'importe donc si le fait est en lui-même commercial, que le risque soit couru sur terre ou sur mer? Le fait change-t-il de nature?

Ce qui explique le silence de l'article 632, c'est qu'en 1807 les assurances terrestres étaient, en quelque sorte, une exception imperceptible. Ce n'est que depuis qu'elles ont pris ce développement qu'elles offrent de nos jours. Qu'importe, d'ailleurs, ce silence en regard du principe généralement admis en doctrine et en jurisprudence, que les articles 632 et 633 ne sont qu'énonciatifs; qu'il suffit qu'un fait rentre dans une des catégories qui y sont démonstrativement énoncées, pour qu'on doive le réputer acte de commerce? Or, nous venons de le dire, entre les assurances terrestres et les assurances maritimes, il y a mieux qu'une assimilation, il y a identité d'objet. Conséquemment, ce qui est commercial dans un cas ne saurait pas ne pas l'être dans l'autre.

115. Aussi a-t-il été jugé que les compagnies d'assurances à prime contre l'incendie constituaient des sociétés commerciales, justiciables des tribunaux de commerce, et soumises, en cas de cessation de payement, aux règles prescrites pour les faillites [1]. Par identité de motifs, on devrait le décider également pour les compagnies d'assurances à prime contre la grêle, ou sur la vie humaine, etc.

La Cour de Bordeaux a sanctionné la même solution à l'endroit des compagnies assurant les jeunes gens contre les chances de tirage au sort pour le recrutement. De pareilles sociétés, dit l'arrêt, rentrent dans la catégorie des assurances à prime : dans l'espèce, d'ailleurs, les sociétaires ont stipulé qu'ils feraient une sorte de courtage pour autrui, et par des intermédiaires; dès lors, leur société doit être envisagée sous le rapport d'une entreprise d'agence et bureau d'affaires et courtage, ce qui place ses négociations au nombre des actes de commerce énoncés en l'article 632 du Code de commerce [2].

116. Les arrêtistes citent, comme ayant décidé le contraire, trois arrêts rendus en 1830 : le premier, par la Cour de Paris, le 1er avril ; le second, par la Cour de Montpellier, le 27 mai, et le troisième par la Cour d'Aix, le 5 novembre.

Mais l'arrêt de Paris ne décide qu'une seule chose, à savoir : « qu'un tribunal de commerce est incompé-

[1] Paris, 23 juin 1825. Cass., 8 avril 1828.

[2] 27 août 1822. Conf. Grenoble, 19 juillet 1830. Colmar, 18 février 1839. J. D. P., 1, 1839, p. 526.

tent pour connaître des contestations que fait naître un billet à ordre ayant pour objet le prix d'un remplacement militaire, ***surtout lorsque la juridiction civile a déjà été saisie.*** »

Le *Journal du Palais* ne faisant pas connaître l'espèce sur laquelle l'arrêt intervient, ni la qualité des parties contendantes, nous ignorons si le litige s'agitait entre le signataire du billet à ordre et la compagnie d'assurances, ou bien entre le signataire, la compagnie et un tiers porteur auquel celle-ci aurait négocié le billet.

Dans le premier cas, l'arrêt serait irréprochable, car en admettant la nature commerciale de la compagnie, la compétence consulaire ne pouvait être appréciée que relativement au signataire. Or, évidemment, celui qui traite de son propre remplacement ne fait pas un acte de commerce ; le billet à ordre qu'il souscrit ne l'enlève pas à ses juges naturels, c'est-à-dire à la juridiction ordinaire.

Dans le second, le billet endossé par la compagnie, portant dès lors la signature d'un commerçant, rendait le tribunal compétent, même vis-à-vis du non-commerçant. Mais en admettant que cette hypothèse fût celle de l'arrêt, il faut reconnaître que cet arrêt ne préjuge pas notre question, puisque le renvoi devant le tribunal civil est surtout motivé sur la litispendance reconnue exister, et que dès lors la Cour ne faisait qu'user d'une faculté que lui laissait la loi.

A son tour, l'arrêt d'Aix n'a pas résolu la question. Dans celui-ci, c'était la compagnie qui agissait directement contre le remplacé qu'elle poursuivait com-

mercialement, parce que son engagement résultait d'une lettre de change.

Ce que décide la Cour, c'est qu'il n'y a que simple promesse dans une lettre de change souscrite, à l'occasion d'un remplacement militaire, par le remplacé, à l'ordre de celui qui a procuré le remplacement, lorsqu'il est constant que cette lettre de change n'a pas eu d'autre cause que le prix du remplacement.

Dans cet arrêt, comme dans celui de Paris, il ne s'agissait donc pas de déterminer la nature des engagements pris par une compagnie de remplacements. Dans l'une comme dans l'autre espèce, c'était elle qui demandait au contraire l'exécution d'obligations souscrites par les remplacés en sa faveur. Or, que ceux-ci en s'engageant ne fassent pas acte de commerce, c'est ce qui est évident et certain.

C'est uniquement ce que décide la Cour de Paris lorsque l'obligation n'est qu'un simple billet à ordre. C'est ce que décide, avec non moins de raison, la Cour d'Aix, lorsque les parties ont adopté la forme de la lettre de change. Comment, en effet, trouver dans une pareille opération ce contrat de change, c'est-à-dire l'argent compté dans un lieu pour être rendu dans un autre, sans lequel il ne saurait exister de lettre de change? Ces deux arrêts ne peuvent donc exercer une influence quelconque sur la question de savoir si la société de remplacement est commerciale ou civile.

117. Reste l'arrêt de Montpellier. Celui-là tranche nettement la question, dans un sens diamétralement contraire à celui admis par les Cours de Bordeaux, de

Grenoble et de Colmar. Les tribunaux de commerce, dit l'arrêt, sont incompétents pour connaître des contestations auxquelles donnent lieu des engagements pris par des associations non autorisées pour le remplacement.

La Cour de Montpellier apprécie mal, à notre avis, les conséquences du défaut d'autorisation. Tout ce qui peut en résulter, c'est que la compagnie ne pourra, vis-à-vis de l'autorité, se substituer à celui qu'il s'agit de remplacer; et c'est en effet ce qui se réalise chaque jour. Ainsi, c'est le remplacé qui seul agit dans les actes divers constituant le remplacement, c'est lui qui présente le remplaçant, qui le fait agréer, qui signe le procès-verbal. L'autorité militaire ne connaît que lui, ne s'adresse qu'à lui, et n'admet, dans aucun cas, l'intervention de la compagnie non autorisée.

Mais à côté des exigences de l'autorité publique auxquelles elle ne pourra jamais satisfaire, la société se trouve placée vis-à-vis des tiers avec lesquels elle a traité. Or, ses engagements par rapport à eux constituent, comme le dit la Cour de Bordeaux, une véritable entreprise d'agence d'affaires, de courtage, ne se trouvant soumise à aucune autorisation. Conséquemment, d'elle à eux, la nature de l'opération restera ce que la font l'objet qu'elle se propose, l'intention des parties; c'est-à-dire un contrat d'entremise moyennant un bénéfice éventuel, une véritable assurance à prime, et dès lors un acte essentiellement commercial.

La Cour de Montpellier ajoute que la bonne composition de l'armée, intéressant l'ordre public, ne peut pas

être conférée à des agents particuliers. Mais la Cour oublie que le remplaçant ne peut être agréé que par le conseil de révision; que devant ce conseil c'est le remplacé qui doit présenter et qui présente celui qu'il veut faire admettre à son lieu et place; que l'obligation que prend la compagnie n'est pas de faire accepter tel ou tel remplaçant, mais d'en fournir un qui puisse légalement et régulièrement l'être. Comment donc une pareille obligation pourrait-elle exercer une influence quelconque sur la composition de l'armée? En quoi tend-elle à désinvestir l'autorité militaire du droit et des devoirs qui lui sont exclusivement dévolus? L'objection de l'arrêt n'a donc aucune portée réelle.

Concluons donc que sa doctrine est inadmissible; que l'avis contraire doit prévaloir; enfin que, soit comme entreprise d'agence et de courtage, soit comme assurances à prime, les sociétés pour affranchir les jeunes gens des chances du tirage au sort sont de véritables sociétés commerciales.

118. Mais on ne saurait attribuer ce caractère à la convention par laquelle plusieurs pères de famille, déposant une somme déterminée, conviennent que la totalité appartiendra à celui ou à ceux de leurs enfants que le sort appellera à faire partie du contingent. C'est bien là, en quelque sorte, une assurance; mais ce qui la distingue des compagnies dont nous venons de parler, c'est que, loin de percevoir une prime, chaque assureur est également assuré; que le capital qu'ils créent est plutôt une donation réciproque conditionnelle qu'une mise de fonds destinée à produire des bénéfices;

c'est que chacun rentre dans l'intégralité de ses fonds si le sort a également favorisé tous les participants; c'est que celui ou ceux qui ont eu la mauvaise chance sont seuls chargés des démarches nécessaires pour se procurer des remplaçants; c'est enfin que, seuls, ils sont chargés de compléter la somme exigée par celui-ci, si, par la répartition de la masse commune, il n'est échu à chacun d'eux qu'une somme insuffisante. Comment, dès lors, trouver une société commerciale dans ce qui n'est pas même une société.

Tout ce qu'une convention de ce genre pourrait constituer, c'est une sorte d'assurance mutuelle; or, celles-ci, nous l'avons déjà dit, diffèrent essentiellement de la société. En effet, le but unique de l'association est, pour chaque membre, la possibilité de perdre moins par la contribution proportionnelle qu'il prendra dans la bourse des autres : mais aucun d'eux ne réalisera jamais de bénéfice; or, la poursuite de ce bénéfice, et son partage, sont précisément l'objet essentiel de toute société.

119. Ce qui, au reste, caractérise la mutualité, c'est que les membres de l'association ne sont jamais obligés de payer autre chose que leur part proportionnelle dans le sinistre réalisé. Leur cotisation est donc essentiellement variable. S'il en était autrement; si, par un abonnement quelconque, ils étaient soumis à payer annuellement une somme déterminée et fixe, le contrat perdrait son caractère essentiel, et les administrateurs deviendraient de véritables assureurs à prime. En effet, ils se chargeraient, au moyen de la somme détermi-

née, de tous les risques que la société pourrait offrir. Si l'ensemble des sinistres éprouvés dans l'année n'atteignait pas celui sur lequel étaient basées les prévisions, l'excédant sur la cotisation resterait leur propriété exclusive; dans le cas contraire, la différence resterait à leur charge unique. On retrouve donc, dans l'hypothèse, ces éléments aléatoires de profit et de perte caractérisant les assurances à prime, et les rendant, par leur nature, non-seulement de véritables sociétés, mais encore des sociétés commerciales.

Aussi devrait-on la ranger sur la même ligne et lui faire produire les mêmes effets, malgré la qualification de mutuelle qu'elle aurait reçue. C'est ce qui a été fort judicieusement établi par la Cour de cassation, consacrant, par arrêt du 30 décembre 1846, que, bien que qualifiée mutuelle, une compagnie d'assurances est réellement une société à prime (attendu, par exemple, que la seule obligation qui pèse sur les assurés consiste dans le payement d'une prime fixe et invariable), constituant une société commerciale, soumise à la juridiction des tribunaux de commerce et aux règles de compétence de l'art. 420 C. proc. civ. [1].

120. Sur plusieurs points de la France se trouvent organisées des associations ayant pour objet de protéger les propriétés contre les inondations, de les assainir, de les dessécher ou de les arroser. Ces associations ne sont pas, à proprement parler, de véritables sociétés. Dût-on les considérer autrement, qu'elles res-

[1] J. D. P., 1, 1847, p. 374.

teraient des sociétés purement civiles; leur but exclusif étant l'intérêt de l'agriculture et ses développements, elles demeurent étrangères à toute idée de spéculation commerciale [1].

121. En résumé, c'est par l'objet qu'elles se proposent que le caractère des sociétés doit être apprécié et déterminé. C'est surtout dans cette matière que les stipulations des parties ne sauraient influer sur la nature de l'acte et le dépouiller des attributs inhérents à son essence. Il importe donc peu qu'elles aient qualifié de commercial ce qui est civil, ou civil ce qui est commercial. Elles doivent sans cesse être ramenées à la vérité des choses qu'il ne leur est pas donné de défigurer ni en la forme ni au fond.

Nous en trouvons un dernier et remarquable exemple dans un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 21 mars 1808. Dans l'espèce, des banquiers avaient formé une société dont le but était de prêter de l'argent aux propriétaires ou agriculteurs. Les fonds n'étaient livrés qu'en échange et comme prix de ventes d'immeubles à réméré que la société se faisait consentir. C'est ce qui avait fait donner à l'association le nom de *Banque territoriale*.

La justice, malgré toutes ces précautions, ne prit pas le change. Des difficultés étant survenues, la société fut appelée devant la juridiction consulaire; et non-seulement le tribunal de commerce de la Seine se déclara compétent, mais il n'hésita pas à condamner

[1] Troplong, sur les art. 1841, 1842, n. 343.

les associés avec contrainte par corps, considérant que la vente d'immeubles, garantie de la créance, n'était qu'un accessoire, et que le but principal de la société, consistant en des opérations de banque, était essentiellement commercial aux yeux de la loi. Telle fut également l'appréciation de la Cour de Paris sur l'appel qui lui fut déféré.

Saisie à son tour, la Cour régulatrice adopte et confirme la même doctrine. « Considérant, dit son arrêt, que la loi du 15 germinal an VI autorise la contrainte par corps contre les banquiers pour faits de leur commerce; que l'établissement dont il s'agit a été formé sous le titre de banque; que, si on considère ses statuts et règlements, on y voit que toutes ses opérations ont une analogie parfaite avec celles des banquiers ordinaires; que la différence qu'on veut induire de ce qu'elle était qualifiée de *territoriale*, et de ce que ses effets étaient hypothécaires, n'en peut produire aucune en droit, ni rien changer à sa nature de banque, parce que la garantie de la valeur comme de la consistance des effets qu'elle mettait dans la circulation ne résidait, comme pour les autres effets de commerce, que dans les signatures et acceptations de ses agents. »

122. Quel serait le sort de la société civile faussement qualifiée de commerciale et en ayant pris les formes? Les associés sont-ils recevables, sous prétexte d'erreur de droit, à en poursuivre et à en faire prononcer la nullité?

L'affirmative ne pourrait être admise qu'à une condition, à savoir : que la demande en nullité précédât

la mise en mouvement de la société et fût conséquemment formée pendant que les choses seraient encore en état de projet, quoique définitif. Si la société avait commencé ses opérations, si chaque associé avait partiellement exécuté ses obligations, la demande en nullité ne serait pas non-seulement irrecevable; elle devrait encore être repoussée comme mal fondée.

Non recevable ! car l'effet de la nullité ne serait admis que pour l'avenir. Elle ne pourrait ni rétroagir sur le passé, ni empêcher l'exécution des obligations contractées jusque-là. Pourquoi, en effet, laisserait-on à la charge exclusive des uns ce qui n'a été réalisé qu'au nom et avec le concours de tous? Sans doute les demandeurs en nullité pourraient, tout en acceptant leur part de responsabilité dans le passé, prétendre arrêter immédiatement les opérations de la société et en demander la liquidation. Mais celle-ci pourrait avoir de graves inconvénients et offrir des résultats désastreux qu'il est d'une bonne justice de prévenir et d'empêcher. Ce devoir trouve sa justification légale dans le second caractère de la demande.

Nous avons dit, de plus, qu'elle ne serait pas fondée. Remarquons, en effet, qu'elle ne peut invoquer qu'une erreur de droit. Sans doute la doctrine et la jurisprudence tendent à placer sur la même ligne l'erreur de droit et l'erreur de fait. Mais si ce résultat doit être identique, les conditions doivent l'être également. Or, ce qui n'est pas contesté, c'est que l'erreur ne motive la nullité de la convention que si elle a porté sur sa substance même. Dans notre espèce, l'erreur de droit

n'a atteint que la forme dont la convention a été revêtue, c'est-à-dire un des accessoires du contrat. Elle n'est donc pas dans le cas de le faire annuler.

C'est dans ce sens que s'est formellement prononcée la Cour de Rouen, par arrêt du 19 février 1840, confirmé par la Cour de cassation le 9 juin 1841. Il s'agissait d'une société pour l'achat et la revente d'immeubles, à laquelle on avait donné la forme de la commandite. Quelques-uns des associés en demandaient la nullité. Mais la Cour de Rouen repousse cette demande :

« Attendu qu'en supposant qu'il ne fût pas licite de donner à une société, constituée pour l'achat et la revente des terrains, la forme et les effets d'une association commerciale en commandite, cette erreur dans l'espèce aurait été partagée par tous les actionnaires; que les uns ne pourraient s'en prévaloir au préjudice des autres, et faire subir à ceux-ci les conséquences d'obligations prises au nom de tous; que les choses ne sont plus entières; que des acquisitions considérables ont été faites pour le compte de la société; que des engagements ont été contractés vis-à-vis des tiers; que les appelants eux-mêmes, comme les autres sociétaires, ont versé à la caisse sociale le quart de leur mise, et ont ainsi exécuté, au moins en partie, l'acte social; qu'après l'accomplissement de faits irrévocablement consommés, les sociétaires se trouveraient dans la nécessité d'achever, dans l'intérêt commun, les opérations commencées; que l'annulation ou la résiliation de l'acte social, si elle pouvait être pro-

noncée, n'aurait pas la puissance de rétroagir sur le passé, et d'effacer ce qui a été fait dans l'intérêt commun et pour le compte de tous; que dans la même hypothèse une liquidation précipitée serait désastreuse pour la masse; que ni les règles de droit, ni les principes de l'équité ne pourraient s'opposer à ce que la liquidation se fît dans des circonstances favorables;

« Attendu, au surplus, que l'erreur de droit signalée par les appelants ne pourrait, en admettant même son existence, être une cause d'annulation de l'acte dont il s'agit; qu'en effet l'erreur de droit ne produit un pareil résultat que lorsqu'elle porte sur la substance même de la convention, et qu'elle a été le fondement unique du consentement; que dans l'espèce l'erreur n'affecterait que la forme de l'acte, ou, tout au plus, certaines stipulations purement accessoires, et laisserait subsister dans toute sa force la volonté des parties sur l'objet même du contrat [1]. »

123. Dans la note dont il accompagne cet arrêt, M. Dalloz s'écrie : « Il est essentiel de remarquer qu'on n'a pas décidé en même temps que les associés se trouvaient désormais obligés d'après les règles relatives aux sociétés civiles. Et, en effet, nous ne pensons pas qu'on pût ainsi étendre leurs obligations, même à l'égard des tiers qui n'ont pu compter sur cette extension; si on admettait une autre doctrine, il serait vrai de dire alors que le contrat en ce point est substantiellement vicié pour défaut de consentement.

[1] D. P., 1840, 2, 137. 41, 1, 260.

La Cour de Rouen ne s'est pas expliquée sur la position des associés à l'égard des tiers, parce qu'elle n'avait pas à le faire. Le litige qui lui était soumis s'agitant uniquement entre associés, elle n'avait à examiner et à juger que la difficulté qu'il offrait.

Est-il vrai cependant que ceux qui, dans une société civile, ont pris la qualité de commanditaires, et ne se sont conséquemment obligés que jusqu'à concurrence de leur mise, ne puissent être tenus au delà, lorsque leur société est reconnue n'être qu'une société civile ?

Nous sommes sur ce point d'une opinion diamétralement opposée à celle de M. Dalloz. La question ne nous paraît pas même douteuse. Autant voudrait, en effet, se demander si une société civile doit, au lieu des effets qui lui sont propres, produire ceux de la société commerciale ?

Or, poser cette question, c'est la résoudre. Déjà nous avons vu que les associés ne peuvent, par leurs stipulations, opérer cette interversion dans la nature des choses, car ce serait leur permettre de déroger à une loi d'ordre public et d'intérêt général.

En ce qui concerne les tiers, cette solution est conforme à la plus exacte justice. Leur intérêt doit d'autant plus l'emporter sur celui des associés que leur absence forcée à l'acte social les met dans l'impossibilité de se protéger eux-mêmes. Jugeant, par l'objet même de la société, qu'ils traitaient avec une société civile, ils ont su que chaque membre était tenu pour sa part et portion virile. On peut d'autant moins leur opposer les stipulations contraires de l'acte social,

qu'ils n'avaient pas même à y recourir, qu'ils n'avaient aucun moyen de le faire, puisque la loi n'en prescrivant pas la publication, ils ne pouvaient deviner ni soupçonner l'existence de cette formalité, alors même qu'elle a été accomplie.

Pourraient-ils, eux, en vertu de l'acte social, contraindre par corps les retardataires, faire déclarer la société en faillite, imposer au gérant une responsabilité indéfinie? Mais on leur opposerait avec succès que ces effets de la société commerciale répugnent tellement à la société civile, que les parties contractantes n'étaient pas libres de les stipuler valablement. Comment les tiers qui ne pourraient invoquer le caractère commercial contre les associés, sur le fondement même de leurs stipulations, seraient-ils forcés de le subir, lorsqu'il serait invoqué par les associés eux-mêmes?

Comment, d'ailleurs, comprendre, dans le système de M. Dalloz, la nécessité, l'éventualité d'un litige? Quel intérêt auraient les associés à exciper d'une erreur quelconque, si, dans aucun cas, on ne peut leur demander autre chose que ce qui a fait la matière de leur engagement? N'est-ce pas, au contraire, parce que la reconnaissance du caractère civil de leur société change et aggrave leur obligation, qu'ils seront amenés à vouloir se dégager du lien qu'ils se sont imposé?

L'erreur dont ils exciperont serait-elle substantielle, dût-elle entraîner la nullité de l'acte, que leur position ne serait nullement changée à l'endroit des droits acquis jusqu'au moment de la demande. On ne contestera pas, en effet, que la résiliation de l'acte ne sau-

rait effacer le passé. Conséquemment, les dettes existantes devraient être payées par chaque associé pour sa part et portion. L'effet de la résiliation ne concernerait que l'avenir.

Mais cette erreur est-elle, en effet, substantielle, comme, dans l'hypothèse, l'admettrait M. Dalloz? Nous ne saurions le croire. Pour que l'erreur viciât le consentement, il faudrait que celui qui s'en prévaut pût soutenir qu'il n'a jamais eu la pensée de contracter une société; qu'il n'a été amené à le faire que parce qu'il s'est trompé en droit ou en fait sur la nature de l'acte. C'est évidemment ce qu'on ne pourrait soutenir dans l'espèce. L'acte qu'on a volontairement, qu'on a sciemment souscrit, était bien une société. L'erreur n'a donc pas porté sur la substance du contrat.

Ce qui est vrai, c'est qu'on s'est trompé sur l'étendue et les conséquences de l'obligation, c'est-à-dire sur des circonstances évidemment accessoires. La Cour de Rouen a donc eu raison de le dire: une erreur de ce genre ne saurait réfléchir sur le consentement. Rien n'est moins certain, en effet, que la prétention qu'on élèverait, à savoir, que l'appréciation exacte du caractère de l'acte en aurait empêché la consommation. On ne s'associe guère que dans l'espérance de réaliser un bénéfice, et parce que cette espérance, que l'avenir dissipera peut-être, paraît, à cette époque, une réalité. Dans une préoccupation de ce genre, il est peu probable qu'on fasse de la prévision d'une perte la question d'existence du consentement.

Quoi qu'il en soit, celui qui souscrit une société ci-

vile doit en connaître les conséquences ; il est à même de les apprécier. Croire qu'on pourra s'y soustraire, qu'on pourra échapper à l'application de l'art. 1863 C. Nap., en adoptant la forme commerciale, ce n'est pas se tromper sur le droit, c'est le méconnaître ouvertement. Dans tous les cas l'erreur, ne portant que sur une des qualités accessoires du contrat, elle ne saurait devenir une cause de résiliation ou d'annulation.

124. L'article 19 distingue trois espèces de sociétés commerciales : la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme. L'art. 47 ajoute à cette nomenclature l'association commerciale en participation.

L'ordonnance de 1673 ne renfermait aucune classification de ce genre ; mais, de fait, cette division résultait de l'usage, de la doctrine et de la jurisprudence.

Ainsi, on reconnaissait : 1° la société générale ou ordinaire, c'est-à-dire celle qui se contractait entre deux ou plusieurs personnes, et dans laquelle les associés apportaient également leur argent et leurs soins. Tous les actes de cette société se passent sous les noms des associés, soit que ces noms soient exprimés chacun en particulier, soit qu'on les exprime collectivement, *verbi gratia* sous le nom d'un tel et Cie ;

2° La société en commandite ; elle se fait entre plusieurs associés, dont l'un ne fournit que son argent et les autres donnent leur argent et leur travail, ou leur travail seulement ;

3° La société anonyme, c'est-à-dire celle qui ne se fait sous aucun nom [1].

125. Sauf les différences qu'il a introduites dans leur constitution, et que nous indiquerons en examinant chacune de ces sociétés, le Code s'était donc conformé, dans la division qu'il adopte, à ce qui était généralement pratiqué sous l'empire de la législation précédente.

Cependant cette division devint le sujet de diverses attaques dans le sein du Conseil d'Etat. Merlin, entre autres, soutenait qu'il n'existait que deux espèces de sociétés : la société collective, qui unit plusieurs associés sous un nom social ; la société anonyme, qui ne porte qu'un nom unique, et dans laquelle rentre la société en commandite.

C'était là une erreur évidente et palpable. La commandite, sous l'empire de l'ordonnance surtout, était essentiellement distincte de la société anonyme. Celle-ci n'était pas alors ce qu'elle est devenue sous le Code ; elle ne comprenait, à vrai dire, que des opérations constituant une participation plutôt qu'une véritable société [2].

Telle que le Code la constituait, la société anonyme a avec la commandite des différences telles, qu'il est impossible de les confondre. L'opinion de Merlin n'était donc exacte ni dans le passé ni pour l'avenir. Aussi fut-elle repoussée sur les observations de M. Regnaud de Saint-Jean d'Angély, faisant ressortir les effets distincts de ces deux institutions.

[1] Jousse, Savary, sur le tit IV de l'ordonnance de 1673.
[2] *Vid. infra.*, art. 29.

Alors surgit une proposition nouvelle : on voulait qualifier chaque société d'un nom qui en rappelât les effets. On proposait donc les qualifications suivantes : la société solidaire, la société mixte, la société sans nom.

M. Cretet répondait : Il n'y a aucun avantage à repousser les dénominations usitées et parfaitement entendues.

Si l'on veut changer les choses, il y a plus d'inconvénients encore. La société en commandite n'existe qu'en France ; elle n'est pas usitée en Angleterre, et on l'y désire généralement. C'est une combinaison utile et ingénieuse pour associer à une entreprise les capitaux de ceux qui ne veulent pas en partager indéfiniment les chances.

126. La rédaction définitive de l'article 19 indique que cette nouvelle proposition n'eut pas de suite. Examinons donc les diverses sociétés qui y sont indiquées, et les développements que chacune d'elles a reçus.

ARTICLE 20.

La société en nom collectif est celle que contractent deux personnes, ou un plus grand nombre, et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale.

ARTICLE 21.

Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale.

ARTICLE 22.

Les associés en nom collectif, indiqués dans l'acte de

société, sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit de la raison sociale.

SOMMAIRE.

127. Définition de la société en nom collectif, nécessité d'une raison sociale.
128. Un nom unique, suivi de ces mots : *et compagnie*, peut être la raison sociale d'une société collective.
129. Effet de l'omission dans l'acte de la détermination d'un nom social.
130. Difficulté que cette omission peut faire naître, dans le cas d'une société de fait, sur le caractère de la société.
131. Idée qu'entraîne l'existence d'une société en participation.
132. L'appréciation de la nature de la société est laissée à l'arbitrage des juges.
133. Comment s'établirait le nom social en l'absence de toute stipulation.
134. Influence de ce nom sur l'avenir et le crédit de la société. Conséquences.
135. Disposition de l'art. 21, son objet, ses effets quant aux associés.
136. Ses effets à l'égard de celui dont on aurait emprunté le nom.
137. Arrêt rendu par la Cour d'Aix, déchargeant de toute responsabilité l'associé dont le nom avait continué, après sa retraite, de figurer dans la raison sociale.
138. Critique en droit.
139. Critique en fait.
140. Caractére du nom social. Conséquences en cas de dissolution de la société. Différence entre ce nom et celui donné à l'établissement.
141. Le droit d'administrer est de l'essence de la société en nom collectif, mais les parties peuvent y déroger.
142. Peut-on confier l'administration de la société en nom collectif à un tiers non associé? Négative enseignée par MM. Malepeyre et Jourdain.
143. Dissentiment et discussion. Véritable nature du mandat que le tiers gérant a reçu.
144. Réponse à l'objection que les tiers pourraient être trompés. Distinction suivant que l'acte social a été ou non publié.
145. Arrêt de la Cour de Paris, invoqué par M. Delangle, qui se réfère à cette seconde hypothése.
146. Conclusion.

Digitized by Google

127. La société en nom collectif est restée, sous le Code de commerce, ce qu'elle était avant. L'art. 20 la définit celle qui est contractée par deux ou plusieurs personnes, et qui a pour objet de faire le commerce sous un nom social.

La nécessité d'un nom social ressortait de la nature

des choses. La société, celle en nom collectif principalement, est un être moral essentiellement distinct de la personne des associés, ayant des obligations et des droits spéciaux. Elle constitue une individualité véritable, à laquelle il fallait, pour éviter toute confusion entre son intérêt et celui des associés, donner un nom dont l'emploi indiquât immédiatement pour compte de qui était réalisée l'opération.

Le choix d'une raison sociale est donc de l'essence de la société en nom collectif. Ce choix est laissé à la volonté exclusive des intéressés ; il peut comprendre le nom de tous les associés, ou de quelques-uns seulement, ou même de l'un d'eux, qu'on fait suivre, dans cette hypothèse, comme dans la seconde, de ces mots : *et Compagnie.*

128. Ces mots : et Compagnie, ajoutés à un nom unique, peuvent-ils désigner une société en nom collectif? En l'état de la discussion du Conseil d'Etat, l'affirmative ne saurait être douteuse ; elle est aujourd'hui admise sans aucune difficulté. Mais M. Fremery pense qu'il en était autrement dans l'origine ; que les mots : tel et Compagnie, dénonçaient l'existence d'une commandite ; que ce n'est que par une extension successive qu'on les a appliqués à la société en nom collectif.

Cette proposition peut avoir son utilité historique ; aussi M. Troplong l'a-t-il très-sérieusement discutée. Dans l'application, la proposition de M. Fremery n'a plus d'intérêt réel, puisque, de droit commun, la proposition contraire est admise par tous.

129. Pierre et Cie constitue donc aujourd'hui un

nom social pour une société collective, et ce nom comprend virtuellement tous ceux qui ont pris dans l'acte la qualité d'associés, et les oblige comme tels, alors même qu'aucune stipulation ne l'eût expressément autorisé. M. Troplong observe avec raison que l'obligation de créer un nom social n'est pas d'une nature telle que son inexécution ne puisse être suppléée par les faits et circonstances de la cause. Ainsi une société non constatée par écrit, nulle par conséquent entre associés, n'en produirait pas moins tous ses effets en faveur des tiers qui auraient traité avec elle. Le nom que le gérant de fait aurait employé pour les opérations la concernant, au vu et su de ses associés, serait de plein droit considéré comme la signature sociale devant les obliger tous.

Les tiers, pouvant prouver une société non écrite, pourront donc, à plus forte raison, prouver que, malgré l'absence de toute stipulation à cet égard, le nom employé par le gérant a été tacitement adopté comme constituant celui de l'être moral, dont l'existence, dès lors certaine, entraînait la nécessité d'une qualification quelconque. On ne pourrait le décider autrement sans ouvrir une large porte à la fraude. S'il suffit d'omettre la désignation de la raison sociale pour échapper aux conséquences de son emploi, cette omission se ferait bientôt remarquer dans tous les actes de société.

Ainsi, qu'il s'agisse d'une société de fait, ou d'une société écrite, l'omission de désignation de sa raison sociale peut toujours être suppléée; les tiers sont toujours recevables à justifier que la signature qu'ils ont

reçue constituait cette raison. Leur allégation aurait un fondement légitime dans l'usage pratiqué par les associés, dans les antécédents, dans la participation donnée par tous les intéressés aux opérations réalisées sous cette même signature.

130. Il y a cependant entre ces deux hypothèses cette notable différence, à savoir que, lorsque la société est constatée par écrit, son caractère ressortira facilement des clauses de l'acte. Dans la société de fait, au contraire, ce caractère ne sera le plus souvent déterminé que par l'objet même que les associés se sont proposé. Au lieu d'une société en nom collectif, on soutiendra qu'il n'existe, qu'il n'a jamais existé qu'une association en participation.

La question ainsi posée, sa solution est importante au point de vue des effets qu'elle devra entraîner, et qui diffèrent si essentiellement, suivant qu'il s'agira de celle-ci ou d'une société collective. Le doute ne peut être tranché que par une exacte appréciation de l'association en participation, pour laquelle nous renvoyons à l'examen que nous en faisons sous l'art. 47.

Nous nous bornons en ce moment à rappeler qu'il ne s'agit pas seulement de qualifier un acte de participation pour qu'on l'admette comme tel, il faut encore que l'opération qui en fait l'objet n'ait rien qui répugne à ce caractère.

131. Or, l'idée d'une participation entraîne celle d'une opération déterminée, renfermée dans des limites certaines, restreintes quant à sa durée. Ce sont ces conditions qui, sous l'empire de l'ordonnance, lui

avaient mérité le nom de *société momentanée*. On ne saurait donc, en principe, en admettre l'existence, lorsque le but que les intéressés ont eu en vue porte sur une généralité d'opérations embrassant une branche de commerce même déterminée.

Ainsi il a été jugé : qu'une société ayant pour objet toutes les affaires qui peuvent se présenter dans une certaine industrie, comme le commerce d'une espèce d'animaux, constitue une société en nom collectif, et non une association en participation; qu'une société pour le commerce des bestiaux doit, à l'égard des tiers, être considérée non comme une simple participation, mais comme une société en nom collectif, bien qu'on ne lui connaisse aucune raison sociale et qu'elle n'ait pas été publiée [1].

132. Au reste, dans toutes les hypothèses, la détermination du caractère de la société étant une question de pur fait, est laissée à l'arbitrage souverain des deux degrés de juridiction, sans que la solution puisse jamais encourir la censure de la Cour de cassation [2]. Les juges ont donc, dans chaque espèce, à se prononcer d'après les circonstances qu'elle présente. Retenons seulement, en ce qui concerne la raison sociale, que son existence exclut de plein droit toute idée de participation.

133. Il en serait de même si, en l'absence d'une raison sociale, les engagements ont été pris au nom de tous les associés, ou si chacun d'eux a participé à la gestion. A défaut même de cette circonstance, l'ab-

[1] Bordeaux, 5 mai 1829. Colmar, 18 janvier 1841. J. D. P. 2, 1841, p. 690.
[2] Cass., 8 janvier 1840. J. D. P., 1, 1840, p. 168.

sence d'un nom social ne suffit pas pour faire admettre l'association en participation. En effet, si, par la nature de l'opération, on était amené à reconnaître une société collective, on considérerait comme social le nom sous lequel on aurait habituellement administré cette opération.

134. La raison sociale est donc l'expression la plus significative de la société qu'elle personnifie. Ajoutons que, dans bien des cas, elle en est la principale ressource, en devenant pour elle une chance assurée de confiance et de crédit.

C'est ce qui se réalise notamment lorsque cette raison se compose de noms honorablement cités dans le commerce, ou notoirement connus par leur expérience, leur probité ou leur fortune. Comment le public hésiterait-il à traiter avec une société revendiquant un pareil patronage?

Une confiance entière était ici la conséquence tellement directe de la raison sociale, que le législateur a dû se préoccuper d'une hypothèse qui aurait pu être exploitée s'il n'y avait pourvu, à savoir l'emprunt qu'une société ferait d'un nom ne lui appartenant pas. La moralité commerciale exigeait que la raison sociale ne fût pas une enseigne menteuse, un appât offert à la confiance publique, un piége au moyen duquel on tromperait impunément les tiers. C'est cependant ce qui serait résulté si un nom étranger aux associés avait pu constituer la raison sociale. Libres de le choisir, les intéressés n'auraient pas manqué de le prendre tel qu'il devait le mieux assurer le crédit de l'opération.

Puis la déconfiture arrivant, les créanciers se trouveraient n'avoir jamais eu ces garanties sur la foi desquelles ils avaient confié leurs fonds à la société.

135. L'art. 21 a pour objet de rendre cette fraude impossible. Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale; mais cette prescription n'a pas dans la loi de sanction pénale. Il convient donc de rechercher quels sont les effets de sa violation.

Par rapport aux associés, prenant un nom qui ne leur appartient pas, il ne saurait exister aucun doute, ils ont commis une véritable escroquerie. La raison sociale qu'ils ont adoptée malgré la prohibition formelle de la loi constitue en ce qui les concerne, non-seulement l'usage d'un faux nom, mais encore une manœuvre frauduleuse pour persuader l'existence d'un crédit imaginaire. A ce double titre ils rentrent sous l'application de l'art. 405 du Code pénal.

136. Il y a plus de difficultés pour celui dont le nom a été emprunté. Cependant, il ne saurait en exister aucune si le tiers a autorisé expressément l'emprunt. M. Pardessus enseigne avec raison qu'il pourrait être justement condamné à acquitter les engagements sociaux, puisqu'on a pu traiter avec la société sur la foi de son crédit à lui, dont le nom figurait dans la raison sociale, et que tout fait même non coupable, qui cause un tort à autrui, oblige à réparer les suites de ce tort. Il invoquerait vainement les clauses de l'acte dans lesquelles il aurait donné l'autorisation sous la réserve de n'être pas tenu des dettes. Il est douteux que même dans le cas où cette réserve aurait été rendue publique

en la forme ordinaire, il pût éviter les condamnations au profit des tiers [1].

Mais le doute peut-il naître lorsque le tiers dont le nom figure mal à propos dans la raison sociale, sans qu'il y ait consenti formellement, tolère cet abus en s'abstenant de réclamer? Si cette question devait être résolue sous l'empire du droit commun, la négative devrait être hardiment accueillie. L'inaction de celui qui voit son nom servir de voile trompeur à l'insignifiance de certains autres, et qui s'associe ainsi, du moins tacitement, à un mensonge dont le public doit être nécessairement victime, est plus qu'une faute; n'y eût-il que cela que l'art. 1382 ne l'obligerait pas moins à réparer le préjudice qui en serait résulté. Or, on ne saurait sans mentir à la vérité soutenir que le nom social n'a exercé aucune influence sur le crédit accordé à la société.

Celui qui se tait est présumé consentir; cette présomption acquiert ici d'autant plus de force qu'il n'est pas vraisemblable qu'on se permette de disposer du nom d'autrui, alors surtout que la connaissance forcée de cet abus en signalerait l'existence dès les premières opérations, et exposerait aux conséquences d'une poursuite correctionnelle; il faut donc que pour en agir ainsi on ait au moins la certitude d'une complaisance sinon intéressée, au moins coupable.

La conclusion à tirer de ces prémisses serait donc, pour celui qui a permis ou toléré que son nom figurât dans la raison sociale, la nécessité d'être considéré

[1] N. 978.

comme associé et d'être tenu de toutes les obligations contractées sous cette raison. Cette conséquence paraît surtout juste pour celui qui, ayant réellement eu cette qualité, s'est retiré de la société dans laquelle il a laissé son nom figurer.

137. Cependant un arrêt rendu par la Cour d'Aix, le 16 janvier 1840, a consacré le contraire. Cet arrêt décide : d'une part, que celui dont le nom figure dans une raison de commerce, lorsque, d'ailleurs, il n'y est pas intéressé, n'est pas, par ce seul fait, légalement présumé associé, et comme tel solidairement responsable des engagements contractés sous cette raison ; d'autre part, qu'en l'absence de toute disposition pénale qui accompagne la prohibition établie par l'art. 21 C. com. de faire figurer dans la raison de commerce d'une société d'autres noms que ceux des associés, les conséquences qui doivent résulter de l'infraction à cette prohibition sont abandonnées à l'examen et à l'appréciation des tribunaux [1].

138. Nous n'admettons aucune de ces propositions; la première donnerait naissance à une fraude trop redoutable, pour qu'on n'en proscrive pas toute possibilité. L'intérêt du tiers dont on emprunte le nom peut exister quoique l'acte n'en désigne aucun. Punira-t-on les créanciers de la position que ce silence concerté leur aura faite? Les rendra-t-on victimes de l'impossibilité dans laquelle ils seront de prouver ce concert frauduleux, la nature et l'existence de l'intérêt dans lequel on a agi? qu'a-t-on à leur reprocher?

[1] J. D. P., 1, 1840, p. 463.

N'ont-ils pas eu foi en la raison sociale? ne savent-ils pas que l'apport de son nom constitue une mise sociale [1]? L'art. 21 ne leur dit-il pas que les noms inscrits dans la raison sociale appartiennent nécessairement à des associés?

Mais, dit-on, cet article n'a pas de sanction pénale. Cette proposition peut-elle être sérieusement accueillie? la sanction pénale est évidemment dans la conséquence qui se déduit logiquement de sa disposition. En effet, puisque la raison sociale ne peut comprendre que le nom des associés, on doit réputer tel celui qui laisse son nom y figurer.

La loi elle-même va nous en fournir la preuve décisive. L'art. 25 dispose que le nom du commanditaire ne peut faire partie de la raison sociale. La conséquence du contraire aura de l'aveu de tous pour effet d'enlever le bénéfice de la qualité d'associé commanditaire, et de conférer celle d'associé solidaire. Cependant, nous remarquons que l'art. 25 n'a pas plus que l'art. 21 de sanction pénale. Ce silence est d'autant plus remarquable que nous allons voir sous un autre rapport la loi s'expliquer formellement. Ainsi, l'art. 27 défend au commanditaire de faire aucun acte de gestion, d'être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration, et l'art. 28 ajoute aussitôt, en cas de contravention à la prohibition de l'article précédent, l'associé commanditaire est obligé solidairement avec les associés en nom collectif pour toutes les dettes et engagements de la société.

[1] V. *Supra*, n. 30.

Ce rapprochement indique avec une précision mathématique la pensée du législateur. Il n'a édicté une sanction pénale que dans le cas où le doute pouvait naître de l'absence d'une disposition précise. Ainsi, la loi n'a dit nulle part que la gestion, même par procuration, ne pouvait être faite que par les associés. Voulant l'interdire au commanditaire, elle ne pouvait le faire sans s'expliquer sur l'effet de la violation de sa prohibition. Mais, par cela seul que le nom des associés solidaires pouvait composer la raison sociale, elle n'avait pas à s'expliquer davantage. Tous les associés, tous les noms que nous trouverons dans cette raison seront solidaires ou appartiendront à des associés solidaires.

Or, à cet égard, il n'y a aucune distinction à faire entre l'associé en commandite et le tiers étranger à la société. Les motifs de la prohibition sont les mêmes dans l'un et l'autre cas. La loi ne veut pas que le public soit trompé, en accordant sa confiance à un nom qui, en définitive, ne serait obligé en rien, ou ne le serait que dans des proportions restreintes. On doit donc, sans hésiter, dire du tiers étranger ce que l'école italienne disait, et ce que notre Code a admis pour le commanditaire : *Limita tamen si aliquis ex accomandantibus passus fuerit, vel permiserit, aut expresse voluerit nomen suum ab accomandatario etiam expendi; quia tamen sine dubio insolidum ultra capitalia cum eodem accomandatario teneretur* [1].

[1] Casaregis, *Disc.* 29, n. 27. Ansaldus, *Disc.* 98, n. 60.

Ainsi le tiers étranger à la société, non pas seulement qui a expressément voulu ou permis, mais encore qui a souffert que son nom figurât dans la raison sociale, doit être par cela même réputé associé solidaire, et comme tel tenu de tous les engagements contractés par celle-ci. On ne pourrait admettre le contraire sans méconnaître la protection dont la loi a constamment entouré le public, sans ouvrir la porte à des fraudes nombreuses, sans nuire à la rapidité des opérations commerciales; enfin, sans compromettre l'avenir et les progrès de la société elle-même.

139. Il est vrai toutefois qu'une hypothèse comme celle que nous examinons offrira aux tribunaux l'occasion d'une appréciation de fait. Il serait, en effet, souverainement inique d'obliger, comme associé solidaire, celui dont on aurait pris le nom à son insu, et qui l'aurait complétement ignoré. Conséquemment, la preuve de ces deux circonstances pourra toujours être offerte et accomplie. L'appréciation des éléments dont on voudra la faire résulter ne présentera plus qu'une question de fait souverainement abandonnée à la conscience du juge.

Réduit à ces limites, l'arrêt d'Aix serait très-juridique. Mais, dans ce cas même, nous avouons que nous aurions apprécié les faits autrement qu'il ne le fait.

Le public ne doit pas être induit en erreur : il résulte de cette règle que celui dont le nom a figuré dans la raison sociale ne peut être délié envers lui que si, ayant absolument ignoré l'abus, il a été dans l'impossibilité

de l'empêcher. Or, pour être admise, l'ignorance doit d'abord être vraisemblable ; et comment admettre cette vraisemblance, si le domicile de la société est celui du tiers dont on a emprunté le nom ? si des relations de parenté, d'intimité, existent entre lui et les associés ?

C'est précisément ce qui se réalisait dans l'espèce de l'arrêt de la Cour d'Aix. M. Pierre Arnaud cadet avait créé à Marseille un commerce ayant atteint un très-haut degré de prospérité. Associé avec son fils et son gendre, cette société avait adopté pour raison sociale Pierre Arnaud cadet et Cie.

Le 31 janvier 1833, le père se retire de la société. L'acte de dissolution confie la liquidation au fils et au gendre, qui signeront désormais Pierre Arnaud cadet et Cie en liquidation. Mais dès le lendemain, 1er février, nouvel acte de société entre le fils et le gendre, stipulant la continuation de l'ancienne raison sociale.

Le concours de ces deux actes donnait à l'opération un caractère d'arrangement de famille admettant forcément le concours du père. D'ailleurs, la publication de la société nouvelle ne permettait pas d'admettre que son existence eût pu être ignorée par lui.

Il est vrai que cette société nouvelle s'était à son tour modifiée par la retraite du fils. Mais les relations entre le père et le gendre ayant conservé seul la raison sociale primitive pouvaient-elles permettre de croire que cette modification eût été constamment ignorée du premier ?

Il y avait donc là une invraisemblance choquante, une impossibilité matérielle et morale, dont l'effet de-

vait être de faire repousser la prétention du père. Il était évident que, connaissant toute la valeur commerciale de son nom, il avait voulu assurer à ses enfants après lui l'avantage du crédit qui s'y était depuis longtemps attaché. L'arrêt constate, il est vrai, qu'il s'était retiré à la campagne; mais cette retraite ne pouvait être tellement absolue qu'on dût et pût en induire une complète ignorance.

L'arrêt ajoute que toutes les modifications avaient été publiées au greffe, insérées dans les journaux, annoncées par des circulaires aux correspondants. Mais qu'importait ce fait en présence de l'acte contradictoire qui s'en était suivi. Le 31 janvier annonçait la retraite du père; mais l'acte du lendemain venait indiquer qu'il avait accepté la qualité d'associé, en laissant son nom figurer dans la raison sociale. D'autre part, les relations commerciales augmentent et se modifient, des nouveaux correspondants succèdent aux anciens; et comment ceux qui n'avaient reçu aucune circulaire auraient-ils pu se douter que celui avec qui ils traitaient nominalement avait cessé de faire partie de la société?

Sans doute, il ne faut pas qu'un individu soit inopinément ruiné. Mais il n'y a pas à hésiter lorsque sciemment il s'est fait l'artisan de sa ruine, en tolérant que son nom soit exposé au public, et devienne pour lui un véritable piége. Son intérêt, l'honnêteté publique, lui commandaient de faire cesser un indigne et coupable abus. En ne réclamant pas, il s'est associé à la fraude, il a violé un devoir positif, il doit en justice en supporter les conséquences.

Ce devoir est bien plus étroit encore pour l'associé se retirant d'une société que son nom, sa capacité, sa fortune avaient fait prospérer. Sa retraite fait perdre au commerce une grande partie de ses ressources, et diminue tellement les garanties matérielles et morales, qu'il importe qu'elle soit non-seulement annoncée au public, mais encore littéralement exécutée par le retrait de son nom de la raison sociale. Laisser celle-ci continuer comme par le passé, c'est dissimuler un fait qu'il importe au public de savoir, un fait grave qu'il a tout intérêt à connaître ; c'est violer la loi en faisant ce qu'elle a voulu surtout prohiber, c'est-à-dire en tendant un piége à la confiance ; c'est s'associer à une fraude des conséquences de laquelle on ne saurait être affranchi que si on prouve d'une manière évidente et positive qu'ignorant absolument l'abus, on a été dans l'impossibilité de le faire cesser.

Dans l'espèce jugée par la Cour, l'ignorance était de la plus grande invraisemblance. Du moins est-ce ainsi que nous l'aurions décidé.

140. Quel que soit le nom social adopté, il devient, dès la mise en mouvement de la société, la propriété commune de tous les associés. En effet, n'appartenant à aucun d'eux privativement, il les désigne tous en personnifiant leur réunion.

De là cette conséquence que la dissolution de celle-ci, faisant disparaître la personne, éteint par cela même le nom qui la désignait. L'un ne peut survivre à l'autre, et de même que nul ne peut vendre ou concéder le droit de porter son nom, de même une société ne pour-

rait conférer la faculté de se servir du nom social. Ses successeurs ne pourraient donc prétendre qu'en achetant l'établissement qu'elle exploitait, ils ont implicitement acheté son nom, ni par conséquent s'en servir.

Mais, à son tour, cet établissement peut avoir une qualification le distinguant des autres établissements du même genre. Cette qualification n'est qu'un accessoire désignant l'établissement à la confiance ou aux besoins du public. Non-seulement il peut être cédé ou vendu, mais il l'est de plein droit par la vente ou la cession de l'établissement lui-même [1].

141. Il est de l'essence de la société en nom collectif que l'administration puisse être exercée par tous les associés. L'acte le plus significatif de cette administration est sans contredit l'emploi du nom sous lequel la société doit exclusivement agir.

Mais cette faculté est subordonnée à la volonté libre des parties. L'acte de société peut non-seulement conférer la signature sociale à un ou plusieurs des associés, mais encore l'interdire formellement à tel ou tel autre. La validité de ces clauses ne saurait être contestée. Le droit de chaque associé à administrer la chose commune ne peut sortir à effet qu'à défaut de stipulation contraire. Chacun, en effet, est libre de renoncer à un bénéfice purement personnel, et c'est ce que fait l'associé qui s'interdit la disposition de la signature sociale. Nous examinerons plus tard les con-

[1] Pardessus, n. 378.

séquences de la violation de cette interdiction vis-à-vis des associés et à l'égard des tiers [1].

142. Peut-on, dans une société en nom collectif, priver tous les associés du droit de gérer et le conférer exclusivement à un tiers étranger à la société ? La négative est enseignée par MM. Malepeyre et Jourdain. « Il est évident, disent ces estimables jurisconsultes, que le gérant entre les mains duquel se trouve concentrée l'administration de la société, qui a le pouvoir exécutif, doit être nécessairement un des membres de la société [2].

143. Mais cette nécessité est loin d'être démontrée. En droit, chacun peut déléguer à un tiers les actes qu'il est capable de faire par lui-même. Nous venons de dire que, pour la société en particulier, ce droit n'est pas contestable. Chaque associé peut renoncer à l'administration, tous doivent donc jouir de la même faculté. Quel serait le motif pouvant contraindre un ou plusieurs d'entre eux à s'imposer une tâche qu'ils considéreraient comme excédant leur capacité ou leur force. D'ailleurs, la société n'est réellement administrée que par la raison sociale. Qu'importe, dès lors, la personne autorisée à en disposer, si, par le fait de cette disposition, tous les membres de la société sont réellement et valablement engagés ? Que pourrait exiger de plus le public traitant avec la société ?

L'opinion de MM. Malepeyre et Jourdain repose sur cette considération : que le gérant serait exposé aux

[1] V. *inf.*, art. 42 et 43.

[2] Chap. 5, sect. 2, § 2, p. 124.

pertes et que les bénéfices seraient exclusivement acquis aux associés ; qu'ainsi se trouverait violée une des règles les plus essentielles de la société.

Cette opinion suppose donc que le gérant, quoique étranger à la société, serait tenu des dettes contractées par lui sous la raison sociale. En effet, MM. Malepeyre et Jourdain reconnaissent que les associés peuvent se choisir un mandataire. « Mais, disent-ils, celui-ci ne pourra signer qu'en indiquant qu'il agit par procuration de tel ou de tel ». A défaut de cette indication, il pourrait être poursuivi par les tiers comme associé responsable, parce qu'il les aurait induits en erreur. Telle elle est aussi la doctrine enseignée par M. Delangle.

Ces honorables jurisconsultes ont raison. Celui qui n'administre que comme mandataire du ou des gérants ne peut agir qu'en faisant précéder ou suivre sa signature de l'indication de sa qualité et de la personne dont il la tient. En effet, il n'a pas la signature sociale et ne peut valablement l'apposer. S'il se borne à signer son propre nom, l'opération ne concernera que lui, et seul conséquemment il aura à en répondre.

Mais il ne s'agit nullement de cette hypothèse dans l'espèce que nous supposons. Dans celle-ci, en effet, le gérant n'est le mandataire d'aucun associé, car aucun d'eux n'a pu lui déléguer une administration qu'il s'est formellement interdite. Seul il a reçu la disposition du nom social, comment donc lui en interdire l'usage. Aussi nous admettons qu'il est d'autant moins dans la nécessité de faire suivre la signature des mots : par

procuration, que, dans les affaires de la société, il n'agira jamais en son nom personnel; qu'il ne signera jamais que la raison sociale elle-même. Faut-il bien, en effet, puisque la société en nom collectif doit agir sous la raison qu'elle s'est donnée, et que tous les associés s'en sont interdit la disposition, que quelqu'un puisse la produire dans le monde commercial.

M. Delangle paraît oublier ici ce qu'il a si bien dit lui-même, à savoir que la signature sociale est la formule du mandat que les associés se donnent mutuellement. Dès lors, il doit en être du tiers comme de l'associé. Pour lui, la signature sociale sera la formule du mandat de gérer qu'il a reçu, et dont l'emploi aura pour effet d'engager solidairement tous les associés.

Donc le gérant étranger, signant la raison sociale, ne fait qu'exécuter le mandat qu'il a reçu. Il ne peut donc jamais être considéré comme associé, à moins que son nom ne figurât dans la raison sociale.

En d'autres termes, le mandat que le gérant a reçu est celui de signer la raison sociale, tandis que le mandataire d'un associé, chargé de le représenter, doit, lorsqu'il agit, indiquer sa qualité, sans quoi l'opération lui demeurerait personnelle. Il commettrait d'ailleurs un véritable faux s'il empruntait la signature de sont mandant, dont il n'a pas reçu le pouvoir de se servir. Cette différence entre le mandataire ordinaire et le préposé à une gestion sociale se rencontre bien souvent dans la pratique commerciale. Ainsi un commis, agissant pour compte et ordre de son patron, donne en son nom quittance des sommes qu'il reçoit,

en mentionnant qu'il agit par procuration. Mais qu'un commerçant, pour récompenser le zèle, le dévouement d'un commis, lui confie la signature de la maison, c'est désormais celle-ci que le commis emploiera, et cet emploi obligera la maison au même titre que si le patron avait signé lui-même. Il n'y a aucune raison plausible pour empêcher une société de faire ce que tout commerçant peut personnellement faire.

144. Mais, dit-on, les tiers pourront être trompés. En quoi? Ils ont entendu traiter avec une société, et cette société est réellement obligée envers eux. Prétendront-ils qu'ils ont dû croire que celui qui disposait de la signature sociale était associé, et qu'ils devaient compter sur les garanties qu'il offrait personnellement ?

Ici une distinction est nécessaire. L'objection pourra avoir une immense portée s'il s'agit d'une société de fait, ou si l'acte existant n'a pas reçu la publicité requise. Dans chacune de ces hypothèses, les tiers pourront avoir cru de bonne foi ce qu'ils affirment. Il n'est pas naturel, en effet, que la société soit gérée et administrée par un étranger. En voyant donc celui avec qui ils traitent disposer de la raison sociale, les tiers ont pu légitimement le considérer comme associé, quoique son nom ne figurât pas dans la raison sociale. Ils savaient, en effet, qu'il n'est pas nécessaire que celle-ci comprenne le nom de tous les associés.

Vainement leur objecterait-on qu'on doit connaître la condition de celui avec qui on traite: en matière de société, c'est à l'enregistrement, c'est au greffe du

tribunal de commerce qu'on est obligé de rechercher la position de la société avec laquelle on contracte. Si les associés ont négligé ou omis d'y déposer les éléments de cette recherche, ils sont en faute, et ils ne pourraient évidemment en exciper contre le tiers. Le gérant, ayant partagé la faute des associés, en subirait également les effets ; il pourrait donc, quoique *nudus institor*, être solidairement tenu, non pas cependant à titre d'associé, mais comme réparation du préjudice qu'il aurait occasionné en laissant aux tiers la possibilité de le croire tel.

Mais si la société a été légalement constatée et régulièrement publiée, les qualités restent inébranlablement fixées telles que l'acte les a déterminées. Les associés et le gérant préposé ont fait tout ce qu'ils devaient faire pour empêcher une erreur. Par cela seul que les tiers ont pu connaître que ce dernier n'avait aucun intérêt personnel dans la société, ils sont censés avoir dû le connaître, ils ne sauraient donc prétendre avoir été trompés, et faire peser une responsabilité quelconque sur l'instituteur.

145. L'arrêt de la Cour de Paris que M. Delangle invoque, loin de contrarier notre doctrine, va en tous points la confirmer. Dans l'espèce de cet arrêt, la société Poupart de Neuflize avait placé le sieur De l'Horme à la tête de leur maison de Paris; elle s'était contentée de l'annoncer au public, par une circulaire conçue en ces termes : Le sieur De l'Horme prend la direction de la maison de Paris, et il aura désormais la signature.

Digitized by Google

Après la faillite de la société Poupart de Neuflize, quelques créanciers qui, ayant traité avec De l'Horme, avaient reçu de lui la signature sociale, soutiennent qu'ils l'ont considéré comme associé, qu'ils n'ont traité que sous la foi des garanties qu'il leur offrait personnellement; ils demandent qu'il soit en conséquence tenu solidairement au remboursement de ce qui leur est dû.

Le tribunal de commerce repousse cette demande. Attendu, en droit, qu'aucune loi ne défend au mandant d'autoriser son mandataire à signer de son nom; *que le contraire a lieu tous les jours dans le commerce;* qu'en fait, la position de De l'Horme a reçu une publicité suffisante pour que les tiers n'aient pu être induits en erreur.

La Cour de Paris, investie par l'appel, va-t-elle décider le point de droit ou contester la pratique constante du commerce? Non certes, car elle reconnaît et proclame que De l'Horme n'a jamais été associé.

Mais, attendu qu'aux termes de l'art. 1382 C. Nap., chacun est responsable du dommage qu'il a causé par sa faute, sa négligence ou son imprudence; attendu que De l'Horme, en recevant de Poupart de Neuflize le pouvoir de signer Poupart de Neuflize et Ce, *n'a point fait connaître au public sa qualité de mandataire*; la Cour, après avoir fait ressortir l'insuffisance de la publicité des documents et faits de la cause, déclare que De l'Horme a induit les tiers en erreur, et le condamne à réparer le préjudice qu'il a ainsi occasionné.

La Cour reconnaît donc en droit que le mandat de

signer la raison sociale est valable, mais à condition d'être publié dans les formes prescrites par le Code de commerce; qu'à défaut de publicité le mandataire peut être tenu de l'usage qu'il a fait de son pouvoir, mais qu'il ne saurait jamais être réputé associé si, d'ailleurs, il ne l'est pas; que cette responsabilité n'est encourue que par application de la règle consacrée par l'art. 1382.

C'est en se plaçant sous son empire que la Cour de Paris condamne De l'Horme, et si l'arrêt que nous venons de retracer pouvait laisser quelques doutes, ces doutes se dissiperaient devant le second arrêt que la Cour fût appelée à rendre sur cette affaire

En effet, ainsi condamné, De l'Horme se constitua en état de faillite; mais cette faculté lui fut contestée par les bénéficiaires de la condamnation. On revint devant la Cour qui, par arrêt du 3 mars 1831, débouta De l'Horme de ses prétentions sur les motifs suivants :

Considérant que nul ne peut être constitué en état de faillite s'il n'est négociant, et qu'il est reconnu que De l'Horme n'a pas cette qualité; qu'il résulte de l'arrêt précédemment rendu par la Cour, qu'il n'était pas l'associé de la maison Poupart de Neuflize et Ce; et que, si, par cet arrêt, il a été condamné à payer les billets par lui revêtus de la signature sociale, c'est que, par son imprudence, il a autorisé les bénéficiaires à croire qu'il faisait partie de la société; d'où il suit que c'est à raison d'un fait n'ayant aucun caractère commercial qu'il a encouru cette condamnation [1].

[1] D. P. 31, 2, 99.

146. Nous avons donc raison de le dire, la disposition du nom social peut être déléguée à un tiers étranger à la société. L'effet de cette délégation n'est pas pour lui autre que pour l'associé gérant; donc en signant de ce nom, il a d'autant moins besoin de le faire suivre des mots par procuration, que la signature sociale est elle-même l'indication en même temps que la formule du mandat. On ne saurait donc, dans aucune circonstance, le considérer comme associé, alors même qu'il serait dans le cas d'encourir une responsabilité quelconque.

Cette responsabilité ne peut exister qu'en tant que l'acte de délégation, soit qu'il résulte du contrat de société lui-même, soit qu'il ait été consenti postérieurement, n'a pas reçu la publicité prescrite par les art. 42 et 43 C. com., l'omission de cette formalité l'expose à être déclaré comme ayant induit le public en erreur, et à être tenu de la réparation du préjudice. Cette omission est une faute dont il doit subir la responsabilité.

Si les formalités prescrites par les art. 42 et 43 C. com. ont été exactement accomplies, il n'y a plus d'erreur possible à alléguer. La faute passe du côté des tiers qui ont eu la faculté de s'éclairer, et qui ne peuvent dès lors recourir que contre les membres de la société.

147. Quel que soit le gérant, associé ou non, ses actes légalement et régulièrement accomplis, réfléchissent contre la société, et en obligent tous les membres. En consentant à lui confier la direction de l'opération,

ceux-ci ont, par cela même, consenti à prendre à leur charge les effets de son administration, et à en garantir solidairement l'exécution. Ce mandat résulte expressément de l'adoption d'une raison sociale, qui en est, nous le disions tout à l'heure, la formule la plus expressive.

C'est ce que nos maîtres, en cette matière, avaient de tout temps enseigné. *Dicimus quod per creationem et deputationem complimentarii, intelligitur ei attributa facultas subscribendi nomen sociorum rationis cantantis, et sic omnes socii remanent ob illius administrationem et negotiorum gestionem in solidum obligati* [1].

C'est la même règle que nous retrouvons dans la doctrine moderne. *Tutti gli associati sono tenuti solidariamente per i debiti della societa quand anche questi fossero contratti da un solo di quegli sotto il nome de quali corre il negozio* [2].

L'ordonnance de 1673 ne pouvait méconnaître une règle aussi rationnelle. Nous la retrouvons expressément consacrée dans cette disposition de l'art. 7 du titre IV : Tous associés seront obligés solidairement aux dettes de la société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé, pour la compagnie et non autrement. Ce que nous relevons dans cette prescription, c'est d'abord ces termes *obligés aux dettes,* c'est ensuite ceux-ci, et *non autrement*, d'où on concluait qu'un associé qui avait souscrit un billet ou lettre de

[1] Casaregis, *Disc.* 39, n. 24. Ansaldus, *Disc.* 45, n. 3.
[2] Azuni, *Dict. du commerce,* v° COMMANDITA.

change signée de lui seul, sans avoir indiqué qu'il agit pour la compagnie, n'engageait que lui seul, et était alors censé avoir souscrit le billet pour son compte personnel [1].

148. A son tour, le Code de commerce s'est approprié un principe, qu'on retrouve d'ailleurs dans la législation de toutes les nations commerçantes. L'art. 22 n'est, à proprement parler, que la répétition de l'art. 7, tit. IV, de l'ordonnance, sauf la double modification suivante : 1° la substitution de ces mots, *tous les engagements* de la société, à ceux de, *toutes les dettes* de la société; 2° l'omission de la condition, *et non autrement*.

La première de ces modifications fut indiquée par les sections réunies du Tribunat. On pensa que le mot *engagement* présentait une idée plus générale et exprimait par cela même beaucoup mieux la pensée du législateur.

La seconde conduit à des conséquences importantes. L'ordonnance semblait faire de la signature sociale la condition *sine qua non* de l'obligation solidaire des associés. Aujourd'hui cette signature entraîne de plein droit cette obligation, mais son absence n'est pas un obstacle invincible à ce qu'on en reconnaisse l'existence.

En ce point, nous en sommes revenus à la doctrine de l'école italienne. Celle-ci, en effet, admettait que le défaut de la signature sociale pouvait être suppléé

[1] Jousse, tit. IV, art. 7.

Digitized by Google

par les circonstances de la cause : *Socius socium non obligat, nisi in contrahendo expressum fuerit nomen sociale, vel saltem ex facti circumstantiis aut subjecta materia illud argui poterit* [1].

149. Par application de cette règle, la jurisprudence a admis que les associés peuvent être solidairement tenus de l'engagement contracté par un seul d'entre eux, sous son nom propre et personnel, alors qu'il paraît certain que la société en a réellement profité, et qu'il n'a été contracté que dans cette intention et pour son compte. C'est ce que la Cour de cassation a formellement consacré par arrêts des 28 août 1828, et 17 novembre 1835.

Elle a, par un autre arrêt du 17 mars 1834, appliqué cette règle à une société commerciale non publiée, en jugeant que si, en thèse générale, lorsque, dans ce cas, l'associé a souscrit des billets en son nom individuel, et sans aucune mention indiquant que l'engagement a lieu pour le compte de la société, ces billets n'obligent pas solidairement les autres associés ; il doit en être autrement si le porteur prouvait que les deniers prêtés ont tourné au profit de la société.

Ce que la Cour de cassation consacre contre les associés, elle l'admet également à leur profit. Ainsi elle a, par arrêt du 19 août 1846, décidé que, bien qu'en principe le gérant d'une société, lorsqu'il traite seul dans un acte, soit censé avoir contracté en son nom propre, néanmoins, dans les difficultés qui s'élèvent entre la

[1] Casaregis, *Disc.* 39, n. 13.

société et les tiers, on doit rechercher si l'acte émane du gérant agissant dans son intérêt, ou dans celui de la société ; que spécialement l'acquisition d'une maison par le gérant d'une société, sans énonciation qu'elle est effectuée pour la société, peut cependant être réputée faite pour le compte de celle-ci, lorsque l'immeuble a été immédiatement livré à la société, approprié à ses besoins, et payé des deniers sociaux; qu'en conséquence la femme du gérant ne peut prétendre droit à une hypothèque sur cet immeuble [1].

Au reste, cette jurisprudence de la Cour suprême se comprend d'autant mieux depuis le Code, qu'elle avait été par elle adoptée sous l'empire de l'ordonnance, malgré la restriction, et non autrement. C'est ce qui résulte de plusieurs arrêts sur des espèces régies par cette législation [2].

150. Il suit de l'interprétation que cette jurisprudence fait de l'article 22, que, quelque substantielle que soit la raison sociale à l'endroit des obligations devant rester à la charge de la société, son absence n'est pas tellement décisive qu'on doive en libérer les associés, ou leur refuser l'avantage que l'exécution du traité pourrait leur offrir. La différence qui sépare ces deux hypothèses est celle-ci : l'existence de la signature sociale détermine irrévocablement la nature de l'opération. Profitable ou onéreuse, elle demeure pour le compte de la société, sans qu'on puisse prétendre et moins encore prouver le contraire.

[1] J. D. P., 1, 1847, p. 84.
[2] Cass. 11 nivôse an X; 23 frim. an XIII; 30 juillet 1810; 21 août 1811.

L'absence de cette signature fait présumer que l'associé qui a traité en son seul nom a agi pour son compte propre et personnel. Mais cette présomption cède devant la preuve contraire recevable dans tous les cas. Cette preuve ressortirait de toutes circonstances de nature à établir que l'opération a été réellement exécutée pour la société; telles, par exemple, lorsque les associés le prétendent ainsi, que celles relevées par l'arrêt de la Cour de cassation du 19 août 1846.

151. Lorsque les tiers poursuivent contre la société l'exécution de l'engagement souscrit par un des associés sous son propre nom, la preuve contraire à laquelle ils sont tenus doit expressément établir non-seulement que la société a profité de ces engagements, mais encore que le signataire n'a agi que par son ordre et dans son intérêt. La société, en effet, peut avoir réellement touché les sommes empruntées par un de ses membres, mais à un titre légitime et irréprochable, comme si celui-ci ne les lui a remises que pour acquitter la dette qu'il avait contractée envers elle. La Cour de cassation, par arrêt du 13 mai 1835, l'a ainsi reconnu et consacré dans une hypothèse où l'associé emprunteur avait versé les deniers par lui reçus pour compléter sa mise de fonds. Elle juge, en conséquence, que la société ne saurait être tenue envers le prêteur, quoiqu'elle eût en fait profité de la somme par lui fournie.

Il serait par trop extraordinaire, en effet, que la société, ne recevant que ce qui lui est légitimement dû, fût obligée de s'enquérir de l'origine des deniers qui lui sont remis à titre de payement, et que, faute par

l'associé de satisfaire à l'obligation qu'il a personnellement contractée à l'effet de ce payement, elle fût tenue de désintéresser le créancier qui n'a jamais été le sien. Dans la vérité des choses, elle a profité des fonds, mais ces fonds n'ont été empruntés ni de son ordre ni pour son compte. Le contrat reste donc exclusivement personnel à celui qui l'a souscrit.

152. Nous venons de le dire, les engagements souscrits du nom social sont de plein droit à la charge de la société; ils obligent solidairement tous les associés, alors même que le signataire s'en fût exclusivement réservé le bénéfice, ou qu'il eût abusé de la signature sociale en l'appliquant à des affaires étrangères à la société.

Cet abus, établi et constant, ne modifierait en rien la position des tiers qui, faisant confiance à la société, auraient traité avec celui qui leur était indiqué comme son administrateur. Si quelqu'un, en effet, doit pâtir des méfaits du gérant, c'est incontestablement celui qui lui a conféré une qualité dont il n'était pas digne; qui, par une confiance imprudente et imméritée, l'a mis en position de les commettre. En conséquence, les associés ne pourraient, sous aucun prétexte, se soustraire à l'action solidaire des tiers, sauf leur recours contre leur mandataire infidèle.

153. Mais cette règle n'exclut pas absolument toute exception. Son application suppose, en effet, que le tiers alléguant la confiance qu'il a faite à la société ait pu réellement, et de bonne foi, avoir cette conviction. Le contraire constitue donc tout autant d'ex-

ceptions au principe que nous venons de rappeler.

154. Or, le tiers ne pourrait prétendre avoir fait confiance à la société, s'il a traité avec un associé n'ayant pas la disposition de la signature sociale. Nous avons dit que les associés peuvent réciproquement s'interdire la faculté d'administrer. Il est bien évident que tout ce qui se réaliserait au mépris de cette prohibition ne saurait lier la société. En conséquence, les tiers qui se seraient associés à sa violation n'auraient acquis contre la société aucun droit sérieux et réel.

155. La dissolution de la société entraîne, en quelque sorte, la mort de l'être moral. Par cela même le nom le personnifiant se trouve désormais éteint. Il ne peut à l'avenir continuer que pour la liquidation du passé. S'en servir pour des opérations nouvelles, c'est commettre un véritable faux. Or, les droits des tiers qui auraient une pareille origine ne pourraient évidemment produire le moindre effet.

156. La rationalité de ces deux exceptions ne saurait être méconnue. Mais dans leur application elles auraient pu devenir l'occasion de débats nombreux et de difficultés diverses. En effet, à quelles conditions devaient-elles être admises? Quand convenait-il de considérer les tiers comme ayant connu, soit la prohibition d'administrer, soit l'existence de la dissolution?

Heureusement la loi y a pourvu. Les art. 42 et 43 sont de nature à faire disparaître toute équivoque, tout doute. Si l'acte social, si la dissolution, ont été publiés dans les formes prescrites, les tiers sont de

mauvaise foi, sinon de fait, du moins légalement. Vainement diraient-ils qu'ils n'ont pas connu la publication ; ils devaient, ils pouvaient la connaître. Imprudence ou négligence, ils ont une faute à se reprocher ; ils doivent en subir les conséquences : ils n'ont aucun recours contre la société.

Mais si aucune publicité n'a été donnée à l'acte social, si la dissolution n'a pas été à son tour légalement annoncée, les tiers sont présumés de bonne foi ; et quelque qualification que mérite l'acte de l'administrateur ou de celui qui s'est constitué tel, tous les associés n'en sont pas moins solidairement tenus [1].

Cependant, et dans ce dernier cas, il importe de ne pas oublier que la présomption est fondée sur l'ignorance réelle dans laquelle les tiers ont pu être sur la prohibition d'administrer ou sur la dissolution de la société. La loi a voulu protéger la bonne foi et non pas favoriser un odieux calcul. Conséquemment, si, à défaut de publication, il était prouvé que le créancier qui réclame a personnellement connu ce qu'il prétend avoir ignoré, la conséquence de cette preuve serait de le placer dans la même position que si la prohibition ou la dissolution avait été régulièrement publiée.

157. Il y a donc, entre cette seconde hypothèse et la première, cette différence que le défaut de publication permet de prouver contre l'ignorance alléguée, tandis que l'exécution des art.42 et 43 crée une présomption n'admettant pas la preuve contraire. Cela est

[1] Pardessus, n. 1088. Delangle, n. 224.

absolument vrai pour la dissolution. Quant à l'interdiction de gérer, on pourrait soutenir que l'acte, depuis sa publication, a été modifié, et que, malgré la prohibition qu'il renferme, la faculté de signer le nom social a été reconnue et concédée à l'associé qui l'a employé. La preuve que cet emploi a été fait au vu et su des associés, celle que la société s'est appliquée le bénéfice de plusieurs opérations réalisées de cette manière, feraient admettre l'existence de la modification qui, quoique non publiée, n'en serait pas moins obligatoire pour la société.

158. Une troisième exception s'induirait naturellement du dol ou de la fraude imputable aux tiers. On ne pourrait autoriser celui qui en serait convaincu à revendiquer un bénéfice que la loi attribue exclusivement à la loyauté et à la bonne foi.

Aucune difficulté ne saurait s'élever en principe. Mais ce qui peut en soulever, c'est la détermination des faits caractérisant, en cette matière, le dol ou la fraude. Une appréciation de ce genre, abandonnée souverainement à la conscience du juge, ne saurait obéir à des règles fixes et absolues. Disons cependant qu'on devrait conclure à l'une ou à l'autre, toutes les fois que, s'agissant de la signature sociale, le tiers s'est volontairement et sciemment prêté à l'acte de l'associé.

Nous disions tout à l'heure que signer de la raison sociale, après la dissolution de la société, c'est commettre un véritable faux. Ce caractère indique bien que pour faire réussir un pareil acte, on aura recours à l'antidate pour essayer de le colorer. Le tiers qui,

traitant à une époque, se serait volontairement et sciemment prêté à cette antidate, pourrait-il légitimement prétendre avoir ignoré la dissolution? Non, évidemment, et dès lors on ne devrait pas hésiter à repousser sa réclamation, comme entachée de dol et de fraude.

159. Appliquer la signature sociale au payement de ses propres dettes est, de la part du gérant, un abus révoltant de sa qualité. Cet abus est évidemment partagé par le créancier consentant à en profiter. Quelle sera donc sa position à l'endroit de la société? Pourra-t-il en contraindre solidairement les membres à le désintéresser?

La négative semble dictée par la doctrine que nous venons d'exposer. Évidemment, l'acte du gérant, mettant à la charge de la société un passif ne la concernant en aucune manière, est une fraude. Incontestablement encore le créancier, s'associant à cette substitution, se rend complice de cette fraude. Il est impossible, en effet, de l'admettre à parler d'ignorance et de bonne foi, lorsque l'acte auquel il se livre est exclusif de toute idée de l'une et de l'autre.

160. C'est cependant le contraire que la Cour de cassation a consacré. Elle a, en effet, par arrêt du 11 mai 1836, décidé que l'associé ayant la signature sociale engage la société par l'emploi qu'il en fait; qu'il peut en disposer à l'égard des tiers pour éteindre ses propres dettes, sauf à en tenir compte à la société; que s'il abuse de la signature sociale, c'est aux associés à s'imputer d'avoir mal placé leur confiance; d'ailleurs, ajoute la Cour de cassation, dans l'espèce,

le jugement de première instance, dont les motifs ont été adoptés par la Cour, déclare le défendeur créancier sérieux du gérant, et décide qu'il a reçu de bonne foi les effets de commerce souscrits de la raison sociale en payement de sa créance.

161. Une pareille doctrine nous paraît être une erreur échappée à la haute sagacité de la Cour régulatrice. Elle est, en effet, fort difficile à justifier en droit et équité, et en morale. Il répugne à l'honnêteté publique que le créancier d'une personne puisse sciemment prendre dans la bourse d'autrui un payement que son débiteur ne peut opérer, ou se donner une caution contre la volonté de celui qui est destiné à le devenir.

N'est-ce pas cependant ce qui se réalise lorsque le gérant, abusant de ses pouvoirs, applique la signature sociale à remplacer ses propres obligations? Est-ce dans un pareil but que cette signature lui a été confiée?

Non, répond l'arrêt, il y aura abus; mais, dans ce cas, c'est aux associés à s'imputer d'avoir mal placé leur confiance. Cette règle, toute sévère qu'elle soit, n'en est pas moins juste. Ce n'est donc pas le principe que nous contestons. Mais ce que nous ne saurions admettre, c'est l'application qui en est faite à notre hypothèse.

Cette application ne peut, en effet, se réaliser qu'à une condition, à savoir que l'abus commis par le gérant ait été ignoré de celui qui est appelé à en profiter. Ainsi, qu'un gérant négocie une valeur sociale; qu'il s'attribue les fonds en provenant, ou qu'il les applique à ses dettes personnelles, évidemment il aura solidai-

rement engagé ses associés; car celui qui a reçu la négociation a voulu traiter, et a réellement traité avec la société. On ne pourrait raisonnablement lui reprocher de ne pas avoir surveillé l'emploi des fonds qu'il a remis. Pourquoi aurait-il soupçonné l'homme que les associés ont investi de toute leur confiance?

D'autre part, le créancier personnel de l'associé qui le paye en espèces n'a pas à s'enquérir de l'origine de celles-ci. Porteur d'une obligation exigible, il la présente à son débiteur, qui l'acquitte. Il n'y a là rien que de naturel, qu'un acte trop légitime pour que le créancier puisse encourir un reproche quelconque. Dans l'un et l'autre cas, il est évident qu'on peut et qu'on doit avec justice dire que, s'il y a abus de la part du gérant, c'est aux associés à en supporter la responsabilité, car ce qui l'a déterminé, c'est uniquement la confiance qu'ils lui ont si imprudemment accordée?

Peut-on appliquer la même règle lorsque celui qui a traité personnellement avec le gérant, et reçu son obligation, échange celle-ci contre un titre revêtu de la signature sociale? Est-ce que l'article 22 peut autoriser un pareil résultat?

A notre avis, le porteur de l'engagement substitué au titre personnel du gérant ne saurait invoquer la disposition de cet article. Nous venons d'indiquer les fondements de la règle qui y est consacrée. Dans l'intérêt du public, dans l'intérêt des sociétés elles-mêmes, on ne pouvait permettre que celui qui a voulu traiter avec la société, qui, réalisant cette intention, a livré ses fonds en échange de la signature sociale, fût ex-

posé à voir ses droits contestés, sous prétexte que celui qui a apposé cette signature s'est personnellement appliqué les fonds qu'il devait verser dans la caisse sociale. Cet abus, il ne pouvait ni le prévoir ni l'empêcher. Il demeure donc créancier sérieux de celle-ci, par cela seul qu'on ne saurait dénier le mandat de celui avec qui il a traité.

Or, ce mandat résulte invinciblement de l'autorisation de signer la raison sociale, de l'association elle-même; car, ainsi que l'observe M. Troplong, par ce fait seul, les associés sont censés s'être constitués mandataires et instituteurs les uns des autres; s'être réciproquement donné le pouvoir de s'obliger solidairement et indéfiniment pour *toutes les fins légitimes* de leur société [1]. Voilà pourquoi l'art. 22 fait résulter l'obligation solidaire de l'emploi de la signature sociale, constituant la formule du mandat de l'associé.

Que conclure de là? uniquement ceci : Que toutes les fois que le tiers, porteur de la signature sociale, pourra prétendre, d'une manière plausible, qu'il a fait confiance à la société, il n'y a pas à hésiter entre lui et les associés, quelque grave, quelque certain que soit l'abus imputé au gérant.

Mais faut-il le décider de même lorsque celui-ci, dépassant les limites de son mandat, sortant des *fins légitimes de la société*, entreprend de mettre à la charge de celle-ci un passif qui lui est étranger? Lorsque cet abus, parfaitement connu du tiers, ne se réalise

[1] Sur l'art. 1864, n. 809.

qu'avec le concours et la participation de celui-ci ? Que dans son intérêt et à son profit ? Nous l'avons déjà dit, la morale proteste contre un pareil résultat, qui ne tend à rien moins qu'à récompenser une fraude évidente.

Oui, nous soutenons que le créancier personnel du gérant, acceptant, en échange de son titre, une valeur souscrite du nom social, ne peut être de bonne foi. Il ne peut ignorer qu'il n'a jamais rien prêté à la société ; que conséquemment elle ne lui a jamais rien dû. Il sait que l'échange qu'il accepte est un véritable abus de confiance, une violation du mandat, un dol incontestable auquel il s'associe, et qui dès lors ne saurait créer en sa faveur un droit quelconque.

162. Cette doctrine a été de tout temps celle des jurisconsultes les plus distingués. « Lorsque la dette, « dit Pothier, a été contractée au nom de la société, « elle oblige tous les associés, quand même elle n'au- « rait aucunement tourné au profit de la société : par « exemple, si un des associés a emprunté une somme « au nom de la société, quoiqu'il ait employé cette « somme à ses affaires et non à celles de la société, le « créancier qui a son billet signé *et compagnie* peut « en demander le payement à tous les associés, car le « créancier qui a prêté la somme ne pouvait prévoir « l'emploi qu'il en ferait. Les associés doivent s'impu- « ter de s'être associés avec un associé infidèle, de même « qu'en pareil cas, on doit s'imputer d'avoir préposé à « ses affaires une personne infidèle. »

Voilà le principe invoqué par la Cour de cassation et son application. On n'accusera pas Pothier de mé-

connaître l'un ou de reculer devant l'autre. Or, voici la conséquence qu'il signale immédiatement :

« Mais si par les clauses du contrat que j'ai fait « avec une personne qui était en société de commerce « avec d'autres, il paraissait que l'objet du contrat ne « concernait pas les affaires de la société, quoiqu'elle « ait signé à ce marché *et compagnie,* cette dette ne « sera pas réputée pour cela une dette de la société, « comme si ce contrat était un marché pour des ou- « vrages à faire à une maison qu'elle possédait hors la « société paraissant, par ce qui en faisait l'objet, qu'elle « ne concerne pas les affaires de la société[1]. »

Cette doctrine de Pothier est irréprochable à l'endroit des principes du mandat commercial lui-même. Celui-ci, en effet, ne diffère du mandat civil que dans les formes de sa constitution, et nullement dans ses effets. Donc le mandataire excédant son mandat n'obligera pas son mandant envers le tiers qui a pu connaître l'excès. Or, le mandat résultant de l'autorisation de signer le nom social se restreint dans *les fins légitimes de la société.* Aller au delà, c'est excéder le mandat, c'est ne créer aucune obligation pour le mandant. Voilà ce que Pothier enseigne expressément. Voilà ce qu'avant lui avait admis l'école italienne, même en matière de société commerciale.

Et similiter, disait Casaregis, *consocii non remanent obligati ex contractu alterius socii, initi super re aut negotio ad societatem minime expectante. Præpositus,*

[1] *De la Société*, n. 101.

disait Ansaldus, *vel socius contrahens super re non expectante ad societatem, illam non obligat,* LICET CONTRAXERIT NOMINE SOCIALI [1].

Le mandat de l'associé réduit ainsi dans ses limites naturelles et justes, notre question ne saurait être douteuse. Sa solution, en effet, dépend exclusivement de ce point de fait : celui qui a traité avec lui a-t-il connu ou ignoré qu'il excédait son mandat ? Créancier sérieux de la société s'il l'a ignoré, il n'a aucun titre contre elle s'il l'a connu; or, est-il possible de ne pas ranger dans cette dernière catégorie le créancier du gérant, qui substitue au titre signé de lui un autre revêtu de la signature sociale ?

Ainsi, la solution de la Cour de cassation est repoussée par les règles applicables à la complicité dans le dol et la fraude, et par les principes du mandat. Cependant, de nouveau mise en demeure de se prononcer, la Cour, par arrêt du 25 avril 1845, a confirmé la jurisprudence qu'elle avait adoptée en 1836.

Dans ce second arrêt, néanmoins, la Cour reconnaît que le mandat réciproque que se donnent les associés n'a pour objet que les affaires de la société; mais elle ajoute que les associés étant investis du droit d'obliger la société, chacun d'eux est présumé, hors le cas de dol et de fraude, avoir fait, en donnant la signature sociale, une affaire qui intéressait la société, même en traitant avec ses créanciers personnels [2].

Ruiner la société, en mettant à sa charge un passif

[1] *Disc.* 39, n. 12. *Disc.* 46, n. 13.
[2] J. D. P., 2, 1847, p. 508.

considérable, auquel elle est absolument étrangère; c'est là une singulière manière d'agir dans son intérêt, et ce n'est pas sans raison que les associés se refuseront à l'admettre.

Mais ce qui doit surtout étonner, c'est la réserve que l'arrêt fait du cas de dol ou de fraude. Mais qu'est-ce donc que l'acte de l'associé faisant supporter à la société ses dettes propres? Ecoutons, à cet égard, la Cour de cassation elle-même.

Dans une espèce de la nature de celle que nous examinons, les faits d'abus reprochés au gérant étaient, de la part des associés, l'objet d'une plainte en faux. La Cour avait donc à qualifier ces actes, et voici comment elle s'expliquait :

« Considérant que l'abus criminel que l'associé pourrait avoir fait de la signature sociale, pendant l'existence de la société, pour parvenir à éteindre des dettes purement personnelles ou pour grever de toute autre manière la société, ne peut caractériser le crime de faux; que cet abus et les escroqueries qui peuvent en avoir été le résultat auraient été exclusivement de la compétence correctionnelle, tant à l'égard de l'associé qu'à l'égard de ses complices. »

Merlin, qui rapporte cet arrêt, s'exprimait de la même manière dans son réquisitoire. Si le gérant, disait-il, a réellement fait ce qu'on lui impute, il s'est évidemment rendu coupable de dol envers ses associés, en se servant de leur nom pour les grever de dettes qui ne les regardaient pas. Il a évidemment commis autant de mensonges qu'il a de fois employé

la signature sociale dans des actes absolument étrangers à la société. Mais quoiqu'il y ait toujours dol et mensonge dans le crime de faux, ce n'est pas à dire pour cela qu'il y ait toujours crime de faux dans le mensonge et le dol. Dumoulin l'a dit il y a longtemps : *Aliud merum falsum, aliud simulatio*[1].

163. Ainsi, l'application de la signature sociale aux dettes personnelles de celui qui l'emploie ne constitue pas le crime de faux; mais elle constitue évidemment un dol contre la société ; comment dès lors présumer qu'elle a été faite dans son intérêt.

Or, il n'y a pas de dol qui ne soit frauduleux, et comme l'acte que nous examinons suppose nécessairement le concours du créancier ; comme celui-ci ne peut ignorer que la société ne lui doit rien, il devient nécessairement, pour la part qu'il prend au préjudice qu'on veut causer à la société, complice du dol et de la fraude du gérant. On ne saurait donc les autoriser, l'un et l'autre, à exciper de leur propre turpitude, et consommer judiciairement leur mauvaise action. Nous le répétons, le créancier personnel ne peut être admis à exciper de sa bonne foi. La certitude qu'il n'a jamais traité avec la société, la tentative qu'il fait de se faire payer par d'autres que par son débiteur, exclut toute idée de ce genre.

Ajoutons que décider le contraire, c'est ouvrir la plus large porte à la fraude, c'est sacrifier injustement les associés, c'est compromettre l'avenir et le succès

[1] *Rép.*, v° FAUX, sect. I, § 5.

d'une institution si essentielle au développement de la prospérité publique. Qui osera contracter une société si, indépendamment de la responsabilité de la fraude exclusive du gérant, on lui impose celle de la fraude que celui-ci aurait concertée avec les tiers?

Cette considération n'a pas échappé à un éminent jurisconsulte, qui, en présence de la doctrine de la Cour de cassation, s'écrie : « Rien n'est plus dangereux, plus faux, plus contraire à la loi réglant les rapports des associés avec les tiers, que cette jurisprudence. » Oui, par cela seul que la raison sociale est le symbole de la société personnifiée, et que l'associé, auquel la convention attribue le droit de l'employer, se constitue le mandataire des autres associés, elle ne peut servir qu'aux affaires sociales. Il est légalement impossible qu'un mandataire, en s'entendant avec ses créanciers, leur transmette valablement la fortune de ses commettants[1].

164. Un arrêt de la Cour d'Aix, du 29 avril 1852, vient donner un éclatant appui à la doctrine que nous soutenons. On sait que le porteur d'un effet de commerce endossé en blanc a le pouvoir de le négocier, et que la propriété en est régulièrement transmise au tiers qui, en fournissant la valeur, remplit directement en son nom l'endossement. Il importe peu que cette valeur ait été ou non transmise au signataire de l'endossement, le tiers ne pouvant répondre de l'infidélité du mandataire que ce signataire s'est choisi[2].

[1] Delangle, *Soc. com.*, t. 1, n. 249.
[2] Voir Cass., 11 février 1833.

Dans l'espèce tranchée par l'arrêt que nous indiquons, il s'agissait d'une opération de ce genre. Mais, au lieu d'avoir fourni la valeur en espèces ou marchandises, le tiers porteur l'avait compensée avec une créance qui lui était personnellement due par le mandataire.

On soutenait dès lors qu'il n'avait pas acquis légitimement la propriété de l'effet ; que l'application que le mandataire en avait faite à ses propres affaires constituait une violation du mandat, à laquelle il s'était lui-même associé, et qui devait faire prononcer la nullité de la négociation.

Cette nullité fut effectivement prononcée par le tribunal de commerce de Marseille. Les motifs de ce jugement rendent hommage au principe que nous rappelions tout à l'heure, à savoir que la régularité de l'opération ne saurait être contestée si la valeur de la négociation avait été réellement fournie par le tiers ; mais attendu que, dans l'espèce, la contre-valeur ne consistait qu'au payement de la dette propre du mandataire ; que dès lors le prêteur, s'étant associé à l'abus de confiance reprochable à celui-ci, ne pouvait profiter de la fraude à laquelle il avait participé.

Ce jugement, frappé d'appel, fut purement et simplement confirmé, avec adoption des motifs.

L'espèce, on le voit, est identique, quoiqu'il ne s'agisse pas d'associé. C'est un mandataire infidèle, appliquant à son profit ce qui lui a été confié pour une autre destination ; c'est un tiers qui, ne pouvant ignorer l'abus, se prête à sa consommation et prétend en

Digitized by Google

profiter. Tout cela se réalise dans l'hypothèse dont nous nous occupons. Donc la décision ne saurait être différente. Celle donnée par la Cour d'Aix est seule juste, seule conforme aux véritables principes.

165. L'emploi régulier de la signature sociale crée, *ipso facto*, pour tous les associés une obligation solidaire. Les droits du porteur de l'engagement peuvent donc s'exercer contre chacun d'eux.

Cependant il convient de distinguer entre la poursuite et l'exécution. La première ne peut être judiciairement intentée que contre la raison sociale. Lorsque le titre n'est pas exécutoire par lui-même, le véritable débiteur étant l'être moral et non tel ou tel associé, c'est contre le premier que la condamnation doit être sollicitée.

Mais cette condamnation obtenue, comme dans le cas où il s'agirait d'un titre authentique, le porteur est libre de diriger l'exécution contre celui des associés qu'il lui plaît de choisir. Les règles applicables au codébiteur solidaire les régissent désormais. La condamnation prononcée contre l'être moral les atteint tous collectivement et personnellement.

166. La solidarité passive n'existe pas d'associé à associé. Débiteurs en cette qualité envers les tiers, ils rentrent, pour ce qui concerne leurs rapports mutuels, sous l'application des principes ordinaires en matière de solidarité. Conséquemment, celui qui aurait fait des avances à la société, ou qui aurait acquitté intégralement une dette sociale, ne pourrait demander à chaque associé que sa part et portion et celle pour laquelle

il pourrait être contraint de concourir en cas d'insolvabilité de quelques-uns d'entre eux.

167. Cependant il importe de remarquer que la personne des associés restant distincte de l'être moral et collectif, chacun d'eux peut, comme tout autre personne, avoir des relations avec celui-ci, à l'égard desquelles il doit être considéré comme un véritable tiers. Conséquemment, la règle que nous retraçons ci-dessus ne saurait s'appliquer à ces relations. Les engagements que la société aurait pris dans leur développement envers l'associé engageraient solidairement tous les associés.

Pourrait-on, dans ce cas, lui retenir la part et portion le concernant? Non, tant que la société fonctionnant, son actif est suffisant pour faire face aux dettes. Ce n'est, en effet, que par le règlement définitif que se déterminera la portion à payer par chaque associé sur le passif pouvant excéder l'actif. Mais si la demande de l'associé, ayant agi comme tierce personne, était postérieure à ce règlement, l'imputation de ce qu'il doit payer pour sa part devrait être faite, ce qui n'empêcherait pas qu'il pût demander solidairement, contre ses associés, le payement de ce qui lui resterait dû.

168. Les associés ont-ils la solidarité active contre les tiers débiteurs de la société? La solution de cette question dépend uniquement des stipulations sociales à l'endroit de l'administration. Il n'y a, en effet, que ceux qui ont la disposition de la raison sociale qui puissent faire valoir les actions de la société, et chacun d'eux le peut à un titre incontestable. Donc la de-

Digitized by Google

mande que l'un ou l'autre ferait au nom de la société, ne saurait être utilement combattue par celui qui en serait l'objet.

L'unique objection péremptoire à opposer serait celle de la demande déjà pendante à la requête d'un autre associé administrateur, ou la quittance concédée par lui. La société étant satisfaite, aucun des gérants ne pourrait agir désormais, alors même que la société n'aurait pas profité de la libération valablement concédée en son nom.

169. Les règles relatives à la solidarité passive ne reçoivent aucune atteinte de la dissolution de la société. Ainsi, il est certain que malgré la nomination d'un liquidateur, les créanciers sociaux pourraient poursuivre personnellement et individuellement les associés; qu'ils pourraient même les traduire tous en justice, sans que les non-liquidateurs fussent fondés à demander leur mise hors d'instance [1].

Il n'en est pas de même de la solidarité active. La dissolution de la société fait cesser de plein droit le mandat des gérants. Elle lui substitue celui du liquidateur, qui, quoique pris hors des associés, a désormais seul les actions actives de l'ancienne société. En conséquence, les tiers actionnés par tout autre que par lui, non-seulement pourraient mais devraient même résister à la demande dont ils seraient l'objet.

[1] Bordeaux, 19 août 1841. J. D. P., 1, 1842, 337.

ARTICLE 23.

La société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires, et un et plusieurs associés, simples bailleurs de fonds, que l'on nomme commanditaires ou associés en commandite.

Elle est régie sous un nom social, qui doit être nécessairement celui d'un ou de plusieurs des associés responsables et solidaires.

ARTICLE 24.

Lorsqu'il y a plusieurs associés solidaires et en nom, soit que tous gèrent ensemble, soit qu'un ou plusieurs gèrent pour tous, la société est à la fois société en nom collectif à leur égard, et société en commandite à l'égard des simples bailleurs de fonds.

ARTICLE 25.

Le nom d'un associé commanditaire ne peut faire partie de la raison sociale.

SOMMAIRE.

170. Discussion que la qualification de la commandite souleva dans le sein du Conseil d'Etat. Son adoption.
171. Avantages de cette société. Son origine.
172. Comment la définit Casaregis.
173. Comment faut-il entendre cette proposition que le gérant agissait sans mandat exprès ni tacite.
174. Ce mandat existait à l'endroit des mises fournies ou à fournir. Doctrine d'Ansaldus. Décisions de la rote de Florence.
175. L'ecole italienne confondait-elle la commandite avec la participation? Dissentiment avec MM. Creps et Troplong.
176. Ce que fut la commandite sous l'empire de l'ordonnance de 1673.
177. Définition qu'en donnait Savary.

178. Singulier exemple que cet auteur donne de la commandite dans la première formule des actes de ce genre.

179. Comment peut-on expliquer la contradiction entre sa doctrine et cette formule.

180. Organisation que le Code de commerce a donnée à la commandite. Importance de la prescription d'une raison sociale. Ses effets.

181. Opposition que faisait M. Merlin à cette prescription. Ses motifs.

182. L'usage du commerce avait devancé la loi, et indiquait la nécessité de la disposition attaquée par M. Merlin.

183. Seconde modification aux législations précédentes; nécessité de faire enregistrer et publier les sociétés en commandite. Effets de cette double formalité.

184. Économie des dispositions du Code sur cette matière. Résultats qu'il s'est proposé.

185. Inaction imposée aux commanditaires. Abus qui pouvait naître de laisser le nom des commanditaires figurer dans la raison sociale.

186. La société en commandite n'étant qu'une exception, on ne saurait en admettre l'existence que si elle résulte formellement et expressément des accords.

187. Difficultés que l'application de cette règle peut présenter pour les sociétés. Opinion de MM. Malepyre et Jourdain.

188. Dissentiment et réfutation.

189. Opinion conforme de Merlin. Jurisprudence.

190. Conclusion.

191. Lorsque l'acte de société est produit, c'est par l'ensemble de ses clauses qu'on doit se décider, et non par la qualification donnée à la société.

192. Exemples d'application de cette règle puisés dans la jurisprudence de la Cour de cassation, sous l'ordonnance de 1673.

193. On devrait le décider ainsi depuis la promulgation du Code.

194. *Quid* si la réserve du droit d'administrer était conditionnelle?

195. L'interdiction d'administrer que l'acte ferait à tels ou tels associés ne pourrait à elle seule faire admettre une commandite.

196. *Quid* de la limitation de la perte?

197. Celui qui s'est soumis à perdre au delà de sa mise devrait être déclaré associé pur et simple.

198. L'appréciation du caractère de la société peut, suivant les circonstances, constituer une violation de la loi.

199. Il ne saurait y avoir société en commandite, sans le concours d'associés ordinaires. Conséquences.

170. Lors de la discussion que le Code de commerce subit dans le sein du Conseil d'État, la qualification de société en commandite fit naître quelques difficultés. Nous avons déjà dit qu'on proposa de lui substituer celle de *société mixte*.

M. Cretet combattit énergiquement cette proposition. Il n'y a aucun avantage, disait-il, à changer les dénominations *usitées et parfaitement entendues*. Si l'on veut changer les choses, il y a plus d'inconvénients encore. La commandite est une combinaison utile et ingénieuse pour associer à une entreprise les capitaux de ceux qui ne veulent pas en partager indéfiniment les

chances. La commandite conserva donc la dénomination qu'elle avait reçue dès son origine.

171. L'avantage de cette institution se manifeste surtout à l'endroit des capitaux qui, sans elle, demeuraient forcément étrangers au commerce. De tout temps, en effet, des préjugés absurdes, des raisons de haute convenance, ont tenu certaines classes de la société éloignées de toute immixtion dans les opérations commerciales. C'est ce qui s'est réalisé dans les temps anciens pour la noblesse; c'est ce qui se réalise encore aujourd'hui pour le clergé, pour la magistrature, pour le barreau, pour certains fonctionnaires. La commandite laissant la personne en dehors, ne faisant appel qu'aux capitaux, devenait un énergique levier, dont la puissance ne pouvait être méconnue.

Sur ce point, ce n'est plus aux conjectures que nous en sommes réduits. L'histoire du passé est l'enseignement le plus concluant pour l'avenir. Rappelons-nous que c'est dans la commandite que le commerce italien avait puisé cet immense développement, cette suprématie incontestable sur toutes les nations, qu'elle exerçait dès le douzième siècle.

Sans doute le contrat de *commande* était, comme l'observe M. Troplong, fort anciennement pratiqué en France, et notamment par le commerce maritime de la Provence et du Languedoc; mais c'est là encore un emprunt fait à l'Italie. Les statuts de Marseille et de Montpellier sont de beaucoup postérieurs à ceux de Florence et de Pise, qui organisaient la commande dès l'année 1160.

Ajoutons que cet emprunt fut pendant longtemps assez timide. La commande française était plutôt le contrat de pacotille, comme la qualifie le *Guidon de la mer*. Elle n'était usitée que dans les expéditions maritimes ; tandis qu'à Florence, qu'à Pise, qu'à Gênes, elle avait une large part dans le commerce terrestre et ordinaire.

On a donc pu, avec raison, dire que la commandite a pris naissance en Italie ; qu'il faut dès lors en rechercher les règles dans sa doctrine et dans sa jurisprudence, si l'on veut juger des progrès que le Code lui a imprimés comparativement à ce qu'elle était autrefois ; écoutons donc Casarégis :

172. *Accomandita, sive societas inita per viam accomanditæ, quæ multum solet practicari Florentiæ, nihil proprie aliud est, quam communis negotiatio inter accomandantes et accomandatarium pro capitalibus respective ab eis in negotio expositis, in qua non expenditur nomen accomandantium sed accomandatarii duntaxat, et sic jus formale ipsius negotii residet penes accomandatarium qui habet totale exercitium et administrationem, et proprio nomine contrahit et distrahit, et accomandans habet tantum interesse pro rata capitalis immissi, non vero per proprietatem in jure formali ipsius negotii, ita ut dici nequeat quod vel ex mandato expresso, vel tacito accomandantium, contrahentes cum negotio sequuntur fidem et personam dictorum accomandantium* [1].

[1] *Disc.* 29, n. 4.

173. Dans sa consultation pour les commanditaires de Loubon, l'honorable M. Creps a voulu tirer de ces paroles de Casarégis la preuve que le gérant n'avait aucun mandat pour engager la mise des commanditaires; nous n'admettons pas cette conséquence. De ce que les créanciers ne peuvent prétendre avoir suivi la foi et la personne des commanditaires, il s'ensuivra que le gérant n'avait pas mandat pour les engager personnellement au delà de ce que chacun d'eux a pris l'obligation de faire. Mais on ne peut raisonnablement en conclure qu'il n'avait pas celui d'engager la mise formant la chose commune; et ce qui le prouve, c'est que Casarégis va lui-même conclure dans ce sens. *Hujusmodi enim accomandantes seu participes in accomandita non obligantur erga creditores accomanditæ, ultra capitalia per eos respective in negotio exposita.*

174. Tel était donc le caractère de la commandite en Italie. Sans mandat exprès ni tacite pour obliger les personnes, le gérant avait, de plein droit, celui d'obliger les mises. Ce dernier est tellement de l'essence de la commandite, que nous le trouvons dans l'étymologie de ce mot. Commandite vient de *commendat,* vieux terme dont se servaient les coutumes pour exprimer la charge qu'on donne d'acheter, de vendre ou de négocier quelque chose, *commissæ rei gerendæ potestas* [1].

Ce caractère ressort avec netteté et évidemment de ces paroles d'Ansaldus : *Ubi quod tam ex lege ac-*

[1] De Boutaric, *sur l'Ordonnance du commerce*, p. 30.

comanditæ quam ex dispositione statuti Florentini, quoties accomandantes non sint nominati, creditores dici nequeunt contraxisse cum accomandantibus non nominatis, sed solum cum ipsa ratione vel personis nominatis. Ideoque non possunt accomandantes in hoc casu teneri erga eosdem creditores, nisi ratione rei, seu illius limitati capitalis cum quo contribuerunt ad efformandam illam rationem ac personam formalem ac intellectualem, et cum qua creditores tantummodo contrahunt [1].

Ainsi, la commandite était en Italie ce qu'elle est demeurée sous l'empire du Code, une société de capitaux plutôt qu'une société de personnes. Les commanditaires n'avaient qu'à payer la mise qu'ils s'étaient engagés à verser. Leur personne n'était jamais obligée, car ce n'est pas avec elle qu'on avait traité. C'est ce que la rote indiquait énergiquement dans cette disposition. *Qui contrahit cum administratore seu complimentario potius credit ipso negotio quam accomandantibus* [2].

On ne pouvait donc contester au gérant le mandat d'engager les mises des commanditaires; c'est, au reste, ce qui était formellement décidé par la rote de Florence : *Complimentarius habet quidem facultatem socios accomandantes obligandi in solidum, sed pro rata capitalis immissi.* Comment nier le mandat en présence de la solidarité de l'obligation entre le gérant et le commanditaire.

175. Il est vrai que les auteurs italiens qualifient

[1] *Disc.* 98, n. 59.

[2] J. Urceoli, *Decisiones inclytæ rotæ florentini*, déc. 47, n°s 1 et seq.

quelquefois les commanditaires de *participes in accomandita* ; M. Creps, et après lui M. Troplong, a cherché dans cette qualification la preuve que la société en commandite était assimilée à la participation ; et l'un et l'autre en ont conclu que la commandite n'était qu'une branche de la société anonyme.

Nous croyons fermement que c'est là une erreur. Que la commandite se rapproche par ses résultats de la participation, c'est ce qui est indubitable. Le commanditaire n'est pas tenu au delà de sa mise, tout comme les participants : *Participes non teneantur, nisi ad ratam capitalis per quod participant in negotio*. C'est ce rapprochement auquel Casarégis fait allusion, lorsqu'il rappelle que le commanditaire *habet tantum interesse per participationem pro rata capitalis immissi.*

A l'endroit des tiers, les commanditaires se distinguent des associés en nom, des gérants seuls tenus indéfiniment et solidairement. Ce qui motive la différence de leurs obligations, c'est qu'en réalité les premiers ne sont pas des associés ordinaires, *neque in jure formali negotii considerantur condomini, sed solum sunt participes*. C'est dans le même sens et dans la même intention que Jorio s'exprime dans les mêmes termes.

Mais à côté de ces points de contact existent des différences notables. Le commanditaire est un associé; partout cette qualification lui est donnée. Nous venons de voir la rote de Florence les qualifier de *socios accomandantes*. Les *participes*, au contraire, ne peuvent

être considérés comme tels. C'est Casaregis qui nous l'apprend : *Particeps vere socius non est.*

Comme conséquence de cette position, le commanditaire est, dans certaines limites, tenu envers les créanciers : *Non obligantur erga creditores ultra capitalia.* Le *particeps* n'est jamais obligé envers les créanciers auxquels il demeure complétement étranger.

Aussi les créanciers pourront-ils attaquer les commanditaires, même après la dissolution et le partage de la société [1]. Tandis qu'ils sont sans action contre les participants, ne pouvant agir contre les débiteurs de la société : *Nequeunt conveniri a creditoribus societatis.*

Comment donc confondre ces deux classes d'intéressés? Si, dans l'une et dans l'autre, l'obligation se trouve limitée à un capital certain, les différences existant dans le caractère de l'opération, dans les effets en résultant, ne permettent pas cette confusion.

MM. Creps et Troplong invoquent l'autorité du cardinal Deluca. Nous faisons remarquer que cet éminent jurisconsulte s'est borné à l'examen de la société civile, ne traitant la matière commerciale, à laquelle il était étranger par sa position et sa qualité, que d'une manière assez superficielle. Son autorité ne saurait donc sur ce point prévaloir sur celle de Casaregis, d'Ansaldus, écrivains spéciaux dans le droit commercial.

Nous dirons ensuite qu'en partant d'un autre point de vue, Deluca va cependant arriver au même résul-

[1] Casaregis, *Disc.* 29, n. 39.

tat, à savoir que l'admission d'un individu dans une entreprise n'est pas une société; car, *aliud est societas, aliud vero admissio alicujus ad participationem, dum particeps vere socius non est, quodque admissio dicti marchionis ad istud particulare negotium importaret simplicem participationem, non autem societatem*[1].

Dans l'espèce sur laquelle le cardinal Deluca était consulté, il s'agissait d'un gentilhomme qui, en échange d'une somme d'argent par lui donnée, avait été intéressé dans les bénéfices d'une opération depuis longtemps en cours d'exécution. Son nom n'avait jamais paru avant, et depuis son admission, il ne s'était jamais ingéré dans l'administration; évidemment ce n'était pas là une société quelconque, mais uniquement une simple association en participation, comme la qualifie Deluca.

Dans son discours 27, *De Locato*, le même auteur, examinant une espèce analogue, résume ainsi la difficulté : *Hujus autem assumpti probatio pendebat a puncto, an admissio ad dictam participationem importaret necne societatem?* La négative est encore admise, et toute action est par lui refusée aux créanciers contre les participants.

Faut-il conclure de là que la commandite se confondait avec la participation? Mais le contraire ne serait-il pas la conséquence logique de ce que la première a toujours été qualifiée de société, tandis que la seconde ne saurait en constituer aucune.

[1] De Credito, *Disc.* 89, n. 5.

Nous n'admettons donc pas que, sous l'empire du droit italien, la commandite ne fut qu'une branche de la société anonyme. Quoique atteignant dans ses résultats un effet identique à celui de la participation, la commandite obéit à des règles spéciales, crée des devoirs et des obligations distincts, et constitue une véritable société : société de capitaux plutôt que de personnes, car si celles-ci ne sont obligées à rien, les capitaux versés ou promis se trouvent engagés en faveur des créanciers. Nous verrons l'importance de cette conclusion lorsqu'il s'agira de l'action directe de ces créanciers contre les commanditaires.

176. C'est en cet état que l'ordonnance de 1673 trouva la commandite. Ici le doute sur la question précédente ne saurait même se produire. L'ordonnance, en effet, ne consacre que deux espèces de sociétés : celle en nom collectif, celle en commandite. La société anonyme, dont on continua à se servir dans la pratique, ne parut pas digne de cette qualification ; on ne la considéra que comme une pure association, avec laquelle on ne pouvait confondre la commandite, qui, comme l'observe M. Troplong, prit depuis cette époque plus de consistance, et compta parmi les associations ayant le droit de se revêtir du nom de sociétés proprement dites [1].

Cependant l'ordonnance ne donne aucune définition de la commandite. Il faut donc, pour en exprimer le caractère et les effets, s'en référer aux doctrines que

[1] Sur les art. 1841, 1842, n. 384.

l'usage commercial avait fait se produire. Or, cet usage différait peu de règles que recommandait l'école italienne.

Ainsi, le commanditaire devait rester ignoré du public, surtout lorsque, par sa qualité ou par sa position sociale, le commerce lui était interdit. C'est surtout pour obtenir les capitaux de ceux-ci que la commandite a été créée, et c'est cette mission que l'ordonnance de 1673 lui continue. Aussi voyons-nous que, tout en prescrivant la publicité des sociétés en commandite, elle en restreint la nécessité à celles contractées entre commerçants.

Mais à côté de cette prescription, l'ordonnance veut que la société soit constatée par écrit. La conséquence qui se déduit de cette volonté, c'est que désormais le commanditaire ne restera pas absolument inconnu. Sans doute, son existence ne se révélera pas par la publication, lorsqu'il ne sera pas commerçant; mais son nom figurant dans l'acte de société, la représentation de celui-ci permettra aux créanciers de le connaître et d'exiger de lui l'accomplissement de ses obligations.

177. Au demeurant, la doctrine née de l'ordonnance définissait avec exactitude et précision la nature et l'effet de la commandite. Voici ce que disait Savary:

« La société en commandite est celle que Pierre et « François font ensemble pour faire le commerce, dont « François porte son argent sans agir ni apporter son « industrie dans la société, et Pierre, outre l'argent « qu'il porte dans la société, y met encore son indus-

« trie, et tout le commerce se fait en son nom, et est « le seul complémentaire de la société, c'est-à-dire « qu'il signe lui seul tous les actes d'icelle société. C'est « pourquoi il n'y a que lui qui s'oblige ; et il n'oblige « son associé que jusqu'à concurrence du fonds capital « qu'il a apporté dans la société [1]. »

Ce sont bien là, en effet, les principaux caractères de la commandite : inaction complète du commanditaire. En échange, privilége pour lui de ne jamais perdre au delà des sommes qu'il a pris l'engagement de verser. C'est sur quoi Savary insiste, notamment dans les *Parères* 52 et 65.

178. Comment se fait-il donc qu'oubliant la condition dont la restriction dans les pertes est la juste conséquence, Savary va nous présenter, comme formules de la société en commandite, des stipulations permettant à tous les associés d'agir en leur propre nom, et d'administrer simultanément l'opération sociale?

Il suppose, en effet, que Fournier, marchand à Paris, Langlois frères, marchands à Lyon, et Delamarre, fabricant, contractent une société pour la fabrication et la vente des draps d'or, d'argent et de soie, qui se fabriquent à Lyon. Le siége de la société sera dans cette ville, et c'est Delamarre qui dirigera la manufacture.

Les frères Langlois achèteront sous leur nom, en Italie, les soies, l'or et l'argent filés nécessaires à la

[1] *Parère*, 23.

confection des étoffes. Fournier sera chargé seul, et sous son nom, de la vente, à Paris, des produits fabriqués.

Une pareille société n'est rien moins qu'une commandite. Où est, en effet, le commanditaire inactif, tel que l'exigeait le droit italien, tel que le dépeignait tout à l'heure Savary lui-même? Ce qu'on voit, ce sont trois associés complémentaires, gérant en leur nom et chacun dans sa sphère l'opération commune, ayant une part égale dans les bénéfices et pertes, et en conséquence devant être obligés solidairement et indéfiniment.

179. Ce qui expliquerait peut-être l'anomalie que nous signalons, c'est la distinction que fait l'ordonnance entre la commandite de commerçant à commerçant et celle de commerçant à simples particuliers. La première devant être publiée, et par conséquent répandre dans le public le nom des commanditaires, Savary aura mal à propos induit de cette publicité une dérogation aux règles déterminant la position des associés commanditaires. Ce qui est certain, c'est que, à l'endroit de la seconde, Savary en revient aux principes purs de la commandite. La formule qu'il donne d'une société de ce genre constate que l'associé simple particulier n'agit pas, ne gère pas, ne donne pas son industrie, et qu'il ne peut jamais perdre au delà de sa mise.

La coexistence de ces deux formules prouve bien la reconnaissance de deux espèces de sociétés en commandite. Mais la première, sans précédents aucuns

dans l'école italienne, se trouve absolument proscrite depuis la promulgation du Code de commerce.

180. Celui-ci, en effet, a imprimé une dernière et plus forte organisation à la commandite. La position des associés y est nettement tranchée : les uns, responsables et solidaires, les autres, simples bailleurs de fonds, ne cessant pas cependant d'être considérés comme de véritables associés.

Mais l'innovation la plus importante et la plus décisive résulte de l'exigence d'un nom social pour la commandite. Ainsi se trouve complété l'être moral, que rien jusque-là ne personnifiait d'une manière précise aux yeux du public.

L'importance de cette innovation n'a pas besoin d'être démontrée : elle résulte clairement de la nature des choses.

Un nom social est pour le public l'indication qu'à côté de celui avec qui il traite existent d'autres ressources, d'autres garanties, sur lesquelles il lui est donné de compter, de la nature desquelles il lui est d'ailleurs permis de s'assurer, puisque la loi actuelle exige l'enregistrement et la publication des sociétés en commandite, quel qu'en soit le personnel.

D'associé à associé, la création d'une raison sociale, la faculté d'en disposer, est un énergique mandat d'administrer le fonds commun dans l'intérêt de tous, d'obliger tous les associés dans les limites de leurs obligations respectives.

Cela n'est ni contestable ni contesté pour la société en nom collectif; comment pourrait-il l'être pour la

commandite? L'exigence de la loi étant la même, les motifs ne sauraient être différents, les conséquences diamétralement opposées : la même cause doit produire les mêmes effets.

Il n'est donc plus possible de dire aujourd'hui, comme sous les précédentes législations, que le gérant agit seul sous son propre et privé nom, qu'il n'a ni mandat exprès ni mandat tacite de ses associés. Si le nom social laisse la personne et les biens des commanditaires en dehors de l'obligation solidaire, la vérité est qu'il représente leur mise, dont la réunion constitue la société elle-même. Conférer au gérant la faculté de signer ce nom, c'est donc lui attribuer forcément le droit de disposer de ces mises.

181. Telles devaient être si bien les conséquences d'une raison sociale, que M. Merlin, qui ne voyait dans la commandite qu'une société anonyme, la repoussait comme inconciliable avec cette société. « Il ne « peut pas, disait-il, y avoir société en commandite « entre deux personnes seulement, dont une gère « sans un nom social, car ce nom annonce au public « une société collective; et par cela seul qu'un négo« ciant signe un tel et compagnie, il manifeste au « public qu'il a au moins un associé non commandi« taire. On sait bien que dans quelques places de com« merce, on s'est habitué à l'emploi d'un nom social, « alors même qu'il n'existe qu'une société en comman« dite entre deux personnes; mais cet usage est une « source de surprises, qu'on ne peut prévenir qu'en les « proscrivant, car on ne les préviendrait pas en ordon-

« nant que la société en commandite sera enregistrée. « Elle ne doit pas l'être ; et l'ordonnance de 1673 ne « l'exigeait pas, parce qu'il faut laisser au commandi- « taire la facilité de demeurer ignoré. »

« Le public ne peut être trompé par l'usage qu'on « fait du nom social, répondait M. Bégouen ; celui qui « forme une entreprise est toujours obligé de faire en- « registrer la société. Si les associés sont solidaires, il « le déclare ; s'il a un ou plusieurs associés comman- « ditaires, il ne les nomme pas, mais il déclare quelle « est leur mise, et cette déclaration est la seule chose « qui importe au public et forme sa garantie [1]. »

182. La nécessité d'un nom social dans la comman- dite prévalut donc. Il était même difficile qu'il en fût autrement, puisque sa consécration était en quelque sorte commandée par l'initiative que le commerce avait pris. L'usage signalé par Merlin lui-même ne laisse aucun doute. Ainsi, malgré le silence de la loi, la société en commandite avait adopté une raison sociale, et cette pratique était fort ancienne. En effet, Ansaldus parle d'une commandite chantant sous le nom de Titius Sempronius et Cie.

Cet usage est plus explicitement rappelé par M. Cretet. On a demandé, disait celui-ci, comment signerait le marchand qui n'aurait pour associé qu'un seul commanditaire. Il signera tel et Cie, et le public entendra très-bien une formule à laquelle il est habitué, et dont le sens est fixé par l'usage.

[1] Locré, t. XVII, p. 184 et suiv.

En réalité donc, la disposition de notre Code innove en droit, mais non dans les habitudes commerciales. Le législateur n'a fait que céder à la loi impérieuse qui domine la matière, à savoir, l'obligation de consacrer pour l'avenir les usages auxquels un assentiment unanime a donné une incontestable autorité.

183. A l'obligation d'adopter un nom social le Code a joint la nécessité de l'enregistrement et de la publication des sociétés en commandite. Nous aurons bientôt à faire ressortir les caractères et les effets de cette double formalité. Nous nous bornons en ce moment à constater que c'est là tout autant de moyens d'éviter toute fraude sur le véritable caractère de l'acte, et d'assurer en faveur du public l'exécution loyale et complète des obligations contractées par les commanditaires [1].

Voilà donc, dit M. Troplong, la société en commandite largement et fortement constituée ; le législateur a plutôt sous les yeux les grandes tentatives d'associations faites sous Louis XIV que la commandite au moyen âge [2].

184. L'économie de notre législation, en effet, se résume dans ces simples idées : dissiper le doute que l'emploi du nom, personnel au gérant, pouvait faire naître sur les effets des engagements par lui souscrits à l'encontre des commanditaires. Toute difficulté est impossible aujourd'hui, puisque c'est le nom social qui contracte, et que ce nom représente les mises des commanditaires autant que la personne des associés solidaires.

[1] Voir *inf.*, art. 42 et 43.

[2] Sur les art. 1841 et 1842, n. 401.

Prévenir à tout jamais la fraude qu'on a eu de tout temps à combattre, à savoir celle consistant à présenter l'associé comme un prêteur ordinaire, et à le faire concourir avec les créanciers à la distribution de l'actif de la société. C'est dans ce but surtout que l'enregistrement de l'acte et sa publication ont une incontestable efficacité. La position des parties qui y ont concouru étant ainsi fixée, aucune d'elles ne sera tentée, la faillite arrivant, d'intervertir sa qualité, parce qu'une pareille prétention n'a plus aucune chance de succès.

185. Il est une condition à laquelle le Code est loin de déroger : l'inaction que les législations précédentes imposaient aux commanditaires est énergiquement et absolument recommandée. Comme conséquence immédiate de cette règle, l'art. 25 exclut leur nom de la raison sociale.

Nous l'avons déjà dit, le nom social est un des éléments de succès les plus décisifs. Le crédit public, les sympathies du commerce sont ordinairement acquis aux personnes recommandables par leur expérience, par une réputation dès longtemps acquise, de capacité, de probité ou de fortune. Un commanditaire placé dans ces conditions devenait pour la société une ressource trop précieuse pour qu'on la négligeât; on n'aurait donc pas manqué d'insérer son nom dans la raison sociale.

Ce qui devait résulter de là, c'est que le public, croyant traiter avec des personnes de la plus haute solvabilité, serait victime de sa confiance. La faillite

arrivant, la garantie se serait évanouie devant la certitude de la qualité de commanditaire, que n'aurait pas manqué de faire valoir celui dont le nom avait provoqué cette confiance.

Sans doute, les tiers ont le moyen de connaître la position réelle des divers intéressés, puisque la société doit être enregistrée et publiée; mais, il faut le dire, une pareille investigation est peu compatible avec la rapidité des opérations commerciales. D'ailleurs, si elle est praticable et facile pour ceux qui habitent sur les lieux mêmes ou dans des localités voisines du siége de la société, il n'en est pas ainsi lorsque les opérations se réalisent à des distances considérables. Il était donc plus rationnel et plus juste de prévenir toute possibilité d'erreur par une mesure générale, destinée à protéger le public, et qui n'a rien de bien rigoureux pour ceux qu'elle concerne.

De quoi, en effet, se plaindraient les commanditaires? Leur nom ne peut faire partie de la raison sociale, mais en échange ils ne perdront jamais au delà de leur mise; l'infériorité de leur position est bien plus que rachetée par cette restriction dans leur obligation. Combien d'associés solidaires qui ont payé de leur fortune entière, de leur honneur, de leur liberté même le stérile avantage d'avoir vu leur nom composer la raison sociale!

Nous avons déjà dit que l'art. 25 n'avait pas de sanction pénale; cependant le doute ne saurait être permis. Le commanditaire qui aurait laissé son nom figurer dans le nom social, qui l'aurait exigé ou seulement

toléré, deviendrait par cela seul associé ordinaire, solidairement et indéfiniment tenu des dettes de la société.

186. La société en commandite n'étant qu'une exception au droit commun en matière de sociétés, on ne doit en admettre l'existence que si elle résulte expressément et formellement des accords des parties.

L'importance de cette règle est considérable. L'immense avantage que l'associé trouve dans la qualité de commanditaire dans le cas de faillite de la société, l'intérêt contraire des tiers créanciers, affectent un très-haut degré de gravité à tout ce qui se rattache à la détermination du véritable caractère de la société. Il convient donc d'examiner les règles devant servir à résoudre les difficultés que cette détermination peut faire surgir.

187. Ces difficultés sont surtout sérieuses lorsque la société n'a pas même été contractée par écrit. Peut-on, dans cette hypothèse, reconnaître et proclamer l'existence d'une commandite?

L'affirmative est soutenue par MM. Malepeyre et Jourdain. S'il résulte, disent-ils, des circonstances ou des stipulations de l'acte, que quelques-uns des associés n'ont entendu être que commanditaires; s'ils n'ont rien fait qui puisse accréditer dans le public l'opinion qu'ils étaient associés responsables; s'ils n'ont participé en quoi que ce soit à l'administration; s'ils sont restés ignorés des tiers qui ont contracté avec la société, nous pensons que, tout en proclamant le fait de la société, les magistrats pourront aussi déclarer que la

société a été seulement en commandite à l'égard des simples bailleurs de fonds [1].

188. Mais ils ont le tort de mettre sur la même ligne deux hypothèses essentiellement distinctes, à savoir celle où la société n'a pas été rédigée par écrit, et celle où l'acte la constatant est déclaré nul en la forme ou pour absence de publication.

Dans cette dernière, les indications de l'acte pourront, malgré la nullité de celui-ci, être consultées avec fruit; et si rien n'est venu contredire la qualification de la société; si, en fait, les commanditaires ont observé l'inaction absolue à laquelle les soumet la loi, les tribunaux pourront les déclarer commanditaires, à l'encontre des tiers. Toutefois, nous restreignons cette solution au cas où l'acte serait authentique, ou aurait acquis date certaine Dans le cas contraire l'acte, pouvant n'avoir été rédigé qu'après coup, et dans un intérêt de fraude, devrait être considéré comme n'existant pas.

Mais toutes les fois que la société existe de fait et sans écrit, nous n'admettons pas la faculté que MM. Malepeyre et Jourdain reconnaissent aux juges. L'exercice de ce pouvoir constituerait la violation flagrante du principe généralement admis, à savoir que le privilége de l'associé commanditaire n'étant qu'une exception, il faut, pour que les parties en puissent réclamer l'application, non-seulement qu'elles aient expressément manifesté la volonté de contracter une société

[1] Page 218.

de cette nature, mais encore que les stipulations du contrat soient d'accord avec sa qualification [1].

L'exercice de ce pouvoir amènerait souvent à ce déplorable résultat de favoriser une fraude, de récompenser les parties d'avoir violé les prescriptions de la loi, alors peut-être que cette violation n'aurait pour objet qu'une indigne spéculation. Bientôt, en effet, on s'associerait sans écrit, on partagerait les bénéfices, tant qu'il y en aurait; mais la faillite arrivant, on exciperait du caractère occulte de la société, on se prétendrait simple commanditaire, alors que la qualité d'associé ne pourrait plus être récusée.

La facilité, l'imminence de cette fraude doit en faire aisément soupçonner l'existence. Le seul moyen de la prévenir et de l'empêcher est de s'en tenir rigoureusement au principe que nous venons de rappeler. Vouloir n'être que commanditaire et omettre de le constater par écrit serait une imprudence tellement incroyable, que la responsabilité qu'on en ferait peser sur son auteur ne saurait être justement querellée par lui.

Comment, d'ailleurs, en l'absence de tout écrit, apprécier les prétentions des associés et reconnaître leur intention de n'être que commanditaires? Diront-ils que le public, qui ne les connaissait pas, n'a pu compter sur leurs ressources? Mais les tiers, traitant avec une société, font nécessairement foi à tous les associés connus ou inconnus. Ces derniers peuvent seulement contester la qualité qu'on leur donne; mais la preuve,

[1] Delangle, n. 270.

faite à leur charge, les constitue associés ordinaires, et les oblige solidairement et indéfiniment. A eux donc à prouver l'exception dont ils excipent, et cette preuve d'où résultera-t-elle ?

De ce qu'ils n'ont pas administré ! de ce qu'ils n'ont pas accrédité l'opinion qu'ils étaient associés responsables en s'abstenant de prendre part à aucune des opérations du gérant ! Mais cette conduite n'est que la conséquence du caractère occulte qu'ils ont donné à la société, et dont ils profitent pour nier, s'ils le jugent convenable, le fait de la société. D'ailleurs, l'abstention dont ils se prévaudraient n'est pas inconciliable avec la qualité d'associé solidaire, pouvant s'interdire le droit d'administrer. Aussi, comme l'observe M. Troplong, il n'y a pas d'associé ordinaire, non gérant, qui ne puisse dire que les tiers ne l'ont pas connu ; qu'ils n'ont suivi que la foi du gérant et non la sienne, et, dès lors, les sociétés ordinaires, qui sont de droit commun, seraient toutes transformées en sociétés en commandite, qui sont l'exception [1].

189. Merlin, ayant occasion de s'expliquer sur cette question dans un de ses réquisitoires, n'hésitait pas à la trancher dans le sens que nous indiquons. Il rappelait un arrêt du Parlement de Bretagne, du 4 août 1746, décidant, dans une espèce où la société avait été annoncée par la raison sociale N. et Cie, que l'associé non désigné qui n'avait pas pris la précaution de restreindre la responsabilité à sa mise était tenu solidairement,

[1] Delangle, n. 416.

encore bien qu'il n'eût pas administré, et que les tiers ne l'eussent pas personnellement connu.

Un autre arrêt de la Cour de cassation, du 28 mai 1806, consacre la même doctrine.

Conséquemment, sous l'ordonnance de 1673, la question avait été juridiquement tranchée dans le sens que nous soutenons. A plus forte raison devrait-on le faire sous l'empire du Code, puisque les conditions de la commandite sont aujourd'hui parfaitement déterminées, et qu'à défaut d'acte écrit, il est impossible de s'assurer de leur existence.

190. Concluons donc qu'en pareille matière, et par rapport aux tiers, il n'est pas permis de s'écarter de la règle suivant laquelle la société en nom collectif est le droit commun, et la commandite l'exception ; celui qui en réclame le bénéfice doit, dès lors, en prouver l'existence. L'absence de tout écrit rendant cette preuve impossible, la prétention devrait être repoussée.

191. L'existence de la commandite est bien plus facile à reconnaître lorsque, la société étant constatée par écrit, l'acte peut devenir l'élément de sa recherche. Faisons remarquer que la loi n'a tracé aucune forme, aucune expression sacramentelle, pas même celle de société en commandite. Il suffit que, dans son ensemble, le pacte n'ait rien d'incompatible avec les devoirs que la loi impose aux commanditaires, pour que la société puisse et doive être considérée comme une commandite certaine.

C'est donc par l'ensemble des clauses stipulées, et non par la qualification que l'acte donnerait à la so-

ciété, que doit se résoudre la question de savoir si elle constitue ou non une commandite; vainement donc exciperait-on de cette qualification, si, tout en déclarant leur intention de ne rester que commanditaires, les parties avaient stipulé en leur faveur des droits incompatibles avec cette qualité.

192. La Cour de cassation le décidait ainsi, sous l'empire de l'ordonnance de 1673. Ainsi, elle jugeait, par un premier arrêt du 16 germinal an XI, que si un individu formait une société, avec la clause qu'il administrera, tout en déclarant qu'il ne veut être que commanditaire, cette déclaration ne l'empêcherait pas d'être associé solidaire, car elle serait détruite par l'acte même, sa qualité d'administrateur étant incompatible avec celle de commanditaire.

Par un autre arrêt du 27 floréal an XIII, elle décide également que les membres d'une société, qualifiée de commandite, qui se sont réservé par les actes constitutifs de la société le pouvoir de concourir individuellement à son administration, sont réputés, au regard des tiers, associés purs et simples; qu'en conséquence, ils sont personnellement et solidairement tenus de tous les engagements sociaux [1].

193. Cette doctrine n'est pas contestable depuis la promulgation du Code de commerce. En effet, ce qui, avant lui, n'était que la conséquence d'une interprétation rationnelle a acquis aujourd'hui l'autorité d'une loi formelle. L'incompatibilité entre la qualité de com-

[1] Conforme, Paris, 16 mai 1808.

manditaire et le droit d'administrer est textuellement prescrite par ses dispositions. Se réserver celui-ci, c'est donc renoncer à celle-là.

194. Nous admettons toutefois que si cette réserve, au lieu d'être pure et simple, n'était que conditionnelle, on devrait décider autrement. Nous pensons donc, avec MM. Malepeyre et Jourdain, que la clause par laquelle le commanditaire se réserve le droit de devenir associé solidaire et de participer à l'administration, en notifiant sa volonté à ses coassociés, n'entraînerait pas la perte de sa qualité de commanditaire, tant que cette notification n'aurait pas été réalisée.

Mais du jour où, usant de son droit, l'associé aurait dénoncé sa volonté, sa qualité d'associé solidaire serait définitivement acquise. Il importerait peu qu'il eût participé réellement ou non à l'administration ; il en aurait désormais le droit, et cela suffit pour qu'il ne puisse plus se prétendre commanditaire.

Dans cette hypothèse, du reste, le doute ne saurait s'élever sur l'effet de la notification. La difficulté qui s'offrira le plus souvent sera de savoir si cette notification a été ou non réalisée. Remarquons, à cet endroit, que cette difficulté n'en serait pas une, si le commanditaire, usant de son droit dans toute sa latitude, avait, en fait, administré. L'immixtion, les conséquences qui en découlent, rendraient sans intérêt le point de savoir s'il y a eu notification ou non. L'exercice du droit d'administrer en serait une preuve évidente. N'eût-elle pas eu lieu, d'ailleurs, que, par cet

exercice, le commanditaire n'en aurait pas moins perdu sa qualité.

Mais la difficulté revêt un caractère sérieux, lorsque, sans qu'il ait administré, il est articulé que le commanditaire a définitivement usé de l'option qui lui était laissée, et accepté la qualité d'associé ordinaire. Il pourrait se faire, en effet, que la notification ait été verbale, ou que, résultant d'une lettre ou d'une déclaration sous seing privé, l'une ou l'autre eût été anéantie par une collusion facile, entre associés.

Cette hypothèse, constituant une fraude contre les tiers, ne peut être résolue que par les principes ordinaires. Ainsi, l'action des créanciers est toujours recevable, et la preuve orale admissible. D'autre part, s'agissant de l'appréciation d'un fait, de constater les résultats d'une preuve, des inductions à tirer de présomptions, la conscience du juge est souveraine, et ne reconnaît ni limites ni règles précises ou absolues.

195. L'interdiction que l'acte ferait du droit d'administrer à tels ou tels des associés constituerait-elle pour eux la qualité de commanditaires?

L'affirmative ne saurait être admise que si, par la qualification donnée à la société, ou par le rapprochement d'autres clauses de l'acte, on devait rattacher cette interdiction à la qualité de ceux qui en sont l'objet. Par exemple, notamment si, ces associés ayant une mise de fonds déterminée, il était déclaré qu'ils ne seront tenus qu'à concurrence de leur mise. Il importerait peu, en effet, que la qualification de commandite

ne figurât pas dans l'acte, la chose y serait, et l'on connaît la règle : *plus valet quod actum quam quod scriptum*.

Mais l'interdiction d'administrer pure et simple ne permettrait pas cette solution; ne pas administrer est bien un des caractères essentiels de la commandite, mais il ne lui est pas exclusif. Nous avons déjà remarqué qu'il se concilie très-bien avec la société en nom collectif : l'interdiction de ce droit, isolée de toute autre stipulation, n'aurait donc rien de décisif; elle pourrait créer un doute, mais, dans le doute, le droit commun reprend son empire ; or, dans notre matière, le droit commun est la société ordinaire, la commandite n'est que l'exception.

196. Le privilége de la commandite est de n'être tenu des dettes que jusqu'à concurrence de la mise; la clause de l'acte social qui renfermerait cette limitation dans les pertes paraîtrait devoir établir l'existence de la qualité de commanditaire. Nous venons dire que la simultanéité de cette clause et de l'interdiction d'administrer la ferait facilement admettre.

Mais il en est de la perte limitée comme du droit d'administrer. Si elle se trouve dans l'acte sans que d'autres clauses viennent en fixer le sens, elle ne suffirait pas pour conférer la qualité de commanditaire ; l'associé ordinaire peut stipuler qu'il ne sera tenu des pertes que pour une quotité déterminée. Il est vrai qu'en ce qui concerne le public, cette clause est censée non écrite ; mais sa validité ne saurait être révoquée en doute à l'égard des associés entre eux, à moins qu'elle

ne constituât le pacte *léonin* [1]. Il est dès lors évident que par elle seule la perte limitée ne saurait être une preuve suffisante, ni caractériser une société en commandite.

197. Il n'en est pas du privilége du commanditaire comme de tout autre privilége. En thèse ordinaire, chacun peut renoncer à un droit uniquement créé en sa faveur ; ici, au contraire, on ne saurait consentir à être tenu de la perte au delà de la mise, sans aliéner par cela même sa qualité de commanditaire, alors même que le renonçant se serait abstenu de tout acte d'administration. C'est ce que la Cour de Pau a très-juridiquement consacré, par arrêt du 7 février 1827.

Dans l'espèce de cet arrêt, l'associé, réclamant la qualité de commanditaire, s'était soumis à supporter le quart de la perte que la société éprouverait ; on lui opposait cette stipulation comme exclusive d'une société en commandite, avec laquelle elle était inconciliable.

Cette objection fut adoptée par la Cour, qui a déclaré l'associé associé pur et simple, considérant qu'il est de l'essence de la commandite que le commanditaire ne puisse rien perdre au delà des fonds par lui versés ou à verser dans la société ; qu'en conséquence on doit réputer associé en nom collectif l'associé se disant commanditaire qui s'est soumis à supporter les pertes de la société à concurrence d'une quotité déterminée et non à concurrence de sa mise de fonds ; qu'il im-

[1] Voir *sup.*, n. 35 et suiv.

porte peu que son nom ne fasse point partie de la raison sociale, et qu'il n'ait ni la signature ni aucune part à la gestion de la société [1].

198. L'appréciation du caractère de la société est du domaine exclusif des tribunaux ; c'est ce que la Cour de cassation a jugé, le 2 février 1808, sur les conclusions conformes de M. Merlin.

M. Delangle, en rapportant cette jurisprudence, fait avec raison observer que cette règle ne doit pas être entendue dans un sens trop absolu; que son application soit rationnelle lorsque les clauses de l'acte sont ambiguës, susceptibles de plus d'un sens, et indifféremment applicables à la société en nom collectif ou à la société en commandite, personne ne sera tenté de le contester.

Mais on ne saurait l'admettre si les stipulations litigieuses, appliquées à une société en commandite, se trouvaient en opposition directe avec la loi qui la régit; comme si, par exemple, l'acte permettait au prétendu commanditaire d'administrer, ou le rendait passible des pertes au delà de la mise. Consacrer dans ces hypothèses l'existence de la commandite, ce serait, non pas décider en fait, mais méconnaître et violer ouvertement la loi. Un arrêt, ajoute M. Delangle, qui refuserait de reconnaître une vente dans un contrat constatant l'accord des parties et sur la chose et sur le prix violerait la loi définissant la vente et n'éviterait pas la cassation. Un arrêt qui, après avoir constaté l'exi-

[1] D. P. 27, 2, 144.

stence des clauses exclusivement applicables à la société collective, n'y verrait qu'une commandite, ne l'éviterait pas davantage[1].

199. Il ne saurait y avoir de société en commandite sans l'existence d'associés solidaires ou responsables ; c'est ce qui s'induit, non-seulement de la définition que la loi en donne, mais encore de la nécessité de la régir sous un nom social. Or, comme ce nom doit être forcément celui d'un ou de plusieurs des associés responsables ou solidaires, la volonté de la loi serait inexécutable, si tous les membres de la société étaient commanditaires.

Ainsi, la société en commandite serait sans nom ; de plus elle serait sans gérant possible, puisque le commanditaire ne peut l'être sous aucun prétexte. Or cette interdiction va, sans contredit, jusqu'à défendre à ces associés de se choisir un mandataire ordinaire, chargé d'administrer pour leur compte ; le seul mandat qu'ils puissent consentir est celui que la loi fait résulter du fait de leur association en faveur de l'associé responsable. Vainement donc, en l'absence de celui-ci, voudraient-ils confier la gestion sociale à un mandataire ; ils seraient censés administrer personnellement, en vertu de la maxime : *qui mandat ipse fecisse videtur.*

C'est une société de ce genre dont Casaregis recherche le caractère, et qu'il déclare une société ordinaire : *quia tali casu accomandita non posset sustineri, nisi*

[1] T. I, n. 274.

pro vera ac propria societate, inita inter præponentes; et accomandatarius diceretur merus institor ejusdem negotii, licet nomen proprium et non accomandantium in eo expenderet[1].

Il ne saurait donc exister légalement une commandite se composant exclusivement et uniquement d'associés commanditaires.

200. Cette règle reçoit cependant une exception pour les armements en course. L'arrêté du 2 prairial an XI déclare que les sociétés contractées dans cet objet, s'il n'y a convention contraire, seront réputées en commandite, qu'elles soient par quotités fixes ou par actions.

La course est un de ces vestiges des temps barbares, où la guerre d'une nation était celle de tous ses membres; le souverain ordonnait de *courre sus* à l'ennemi, et chaque sujet devenait l'ennemi personnel de chacun des membres de la nation contre laquelle on se mettait en guerre. De là des combats atroces, qui ne se terminaient que par l'entière destruction de l'une des nations belligérantes.

Mais depuis que, par l'usage général des nations policées, les hostilités ne sont plus admises que de gouvernement à gouvernement, depuis qu'on a proclamé, dans tous les cas, le respect de la propriété privée, et que le pillage n'est que la conséquence exceptionnelle d'une prise d'assaut, ces captures de navires marchands, incapables de se défendre, ces

[1] *Disc.* 29, n. 28.

violences exercées contre de neutres, condamnées par la raison, contraires à la justice, auraient dû être effacées du Code des peuples civilisés.

La France l'a noblement compris, et dans diverses circonstances elle a pris une généreuse initiative, en proposant aux nations voisines la suppression de la course. Mais ses efforts ayant échoué, il ne lui restait plus, dans l'intérêt de son commerce, et à titre de représailles, qu'à se lancer à son tour dans cette voie qu'on lui imposait, et à se procurer ainsi l'indemnité des pertes qu'elle est dans le cas de subir.

Il fallait dès lors encourager ces entreprises, si hasardeuses par elles-mêmes. C'est à ce titre que, par une dérogation au droit commun, la loi a donné la qualité de commanditaires à tous ceux qui s'associent dans cet objet; ainsi l'armateur, le propriétaire du navire, comme tous les intéressés, ne perdra que l'intérêt qu'il s'est réservé dans l'expédition.

201. Le nombre des associés solidaires devant concourir à former la commandite n'est pas limité; l'existence d'un seul suffit pour la régularité de cette opération. Dans cette hypothèse, c'est le nom de cet associé qui devient forcément la raison sociale, c'est à lui qu'appartient exclusivement le droit de gérer et d'administrer.

C'est dans cette prévision que l'art. 23 a ajouté le mot responsable à celui de solidaire; ce dernier, en effet, devenait impropre, car, en réalité, il n'y a aucune solidarité possible dans une société de cette nature. Le gérant est seul tenu indéfiniment; il est donc en

réalité responsable de l'intégralité des dettes envers les créanciers.

Il n'en est pas de même lorsque, à côté des commanditaires, se placent plusieurs associés en nom, soit qu'ils gèrent tous, soit que ce droit ait été délégué à l'un d'eux seulement. La responsabilité du gérant n'est sans doute pas effacée, mais elle réfléchit nécessairement sur les associés ordinaires, qui en sont solidairement atteints, et pour lesquels la société est en nom collectif.

Celle-ci peut donc exister concurremment avec la commandite ; chacune d'elles produit ses effets ordinaires. Conséquemment, les associés collectifs sont indéfiniment et solidairement tenus, les commanditaires ne le sont que jusqu'à concurrence de leur mise. Dans ce cas encore, il peut n'y avoir qu'un seul gérant, dont les actes réfléchissent contre tous les intéressés, dans les limites que nous venons de rappeler.

202. Le gérant est la représentation la plus exacte de la société ; il en a tous les droits, il en exerce toutes les actions, il peut donc accomplir toutes les opérations que l'objet de la société nécessite et amène. Cependant il n'est pas prohibé aux associés d'apporter à ce pouvoir telles restrictions qu'ils jugent convenables ; mais ces restrictions ne peuvent être opposables aux tiers que si les stipulations de l'acte social, en ce qui les concerne, ont été publiées dans la forme voulue [1].

Cette faculté, illimitée pour les associés en nom collectif, a des bornes étroites à l'égard des commandi-

[1] Paris, 26 juin 1841. J. D. P., t. II, 1841, p. 185.

taires; ceux-ci ne pourraient, sous prétexte de restrictions, se réserver un moyen indirect de se mêler de l'administration, qui leur est interdite. Nous aurons bientôt à examiner quelles sont les stipulations qui leur sont permises ou prohibées [1].

203. Un arrêt de la Cour de Rouen, du 19 août 1841, a décidé que le gérant d'une commandite ne pouvait pas être assimilé à un simple mandataire, qu'il a, en conséquence, le pouvoir de transiger et de compromettre dans les affaires concernant la société [2].

Cette doctrine est contestée par M. Delangle. Pour transiger, dit cet éminent magistrat, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction; on ne peut compromettre que sur les droits dont on a la libre disposition. Le gérant ne pourrait donc exercer l'un ou l'autre de ces droits que s'il y avait été spécialement autorisé par l'acte social [3].

204. La solution de la Cour de Rouen nous paraît préférable, plus conforme aux principes et à la nature des choses.

Le gérant, en effet, est le maître unique du commerce, il en a la libre et entière administration : comment lui refuser dès lors la disposition des marchandises et effets dont ce commerce se compose? Or, si ce droit lui appartient, il a évidemment celui de compromettre et de transiger, aux termes des art. 2045 C. Nap. et 1003 C. procéd. civ.

[1] Voir *inf.*, art. 36.
[2] J. D. P., t. II, 1842, p. 126.
[3] T. I, n. 316 et 317.

En fait, la décision contraire pourrait avoir de singulières conséquences pour les commanditaires; ils devraient donc autoriser spécialement la transaction et le compromis toutes les fois que ce pouvoir n'aurait pas été donné dans l'acte social ; mais cette autorisation constituerait un acte d'immixion dans l'administration, et pourrait faire perdre à ses auteurs la qualité qu'ils avaient choisie.

Faudra-t-il en conclure qu'à défaut d'expression dans l'acte social, la société ne pourra, dans aucun cas, transiger ou compromettre? Mais ce serait là la priver d'un droit utile, et lui retirer sans raison les avantages qu'elle peut trouver à l'un ou à l'autre.

En réalité donc le gérant trouve dans sa qualité un pouvoir suffisant pour transiger ou compromettre sur les facultés de la société ; pouvant les aliéner, on ne saurait lui refuser le droit de faire, dans l'intérêt de la société, tous les actes que leur disposition lui paraît nécessiter. Lui prohiber de transiger ou de compromettre, ce serait souvent entraver l'administration qui lui est exclusivement conférée.

205. Mais ce droit ne peut aller jusqu'à modifier l'acte social lui-même, ou dispenser quelques-uns des associés des obligations qui leur sont imposées. Nous approuvons donc, avec M. Delangle, l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 12 avril 1842.

Dans l'espèce, le gérant de la commandite, effrayé des poursuites exercées contre lui par deux commanditaires, avait transigé avec eux et consenti à leur restituer les sommes par eux versées, et à les libérer de

toute obligation pour l'avenir; cette transaction avait été immédiatement exécutée.

Mais après la fuite du gérant, les tiers actionnèrent ces deux associés en payement de leur mise. Sur l'objection de ceux-ci que la transaction les avait définitivement libérés, ils soutinrent que le gérant n'avait pas eu qualité pour la consentir, et en demandèrent en conséquence l'annulation.

La Cour de Lyon avait accueilli cette demande par un arrêt, dont les motifs ne peuvent utilement être invoqués contre la thèse que nous soutenions tout à l'heure. La Cour, en effet, ne conteste pas au gérant le droit de transiger sur les affaires sociales; elle se borne à décider que ce droit ne saurait dépasser de certaines limites.

« Attendu, dit-elle, que le contrat formé entre le gérant de la commandite et les actionnaires qui en avaient ultérieurement sollicité la nullité n'avait pu être rompu par la volonté seule du gérant;

« Que la transaction faite avec celui-ci n'était point opposable aux tiers, pas plus qu'aux associés, parce que les faits à l'occasion desquels elle avait eu lieu n'étaient pas imputés à la société ;

« Qu'il ne s'agissait pas d'actes émanés du gérant comme gérant traitant pour la société, au nom et dans l'intérêt de la société, mais d'actes personnels au gérant, et dont il était responsable. »

Il eût été étrange qu'une décision aussi éminemment juridique pût encourir la censure de la Cour de cassation. Aussi le pourvoi dont elle avait été frappée fut-il

dès l'abord repoussé, sur les conclusions conformes de M. Delangle [1].

206. Peut-on induire de ces monuments de jurisprudence quelques préjugés contre le droit de transiger et de compromettre que nous reconnaissons au gérant pour les matières sociales? Si peu, évidemment, que nous pourrions les invoquer à l'appui de notre thèse. Si la Cour de Lyon annule la transaction, c'est parce qu'elle était intervenue sur des actes n'émanant pas du gérant comme gérant traitant pour la société, au nom et dans l'intérêt de la société; conséquemment, si le contraire s'était réalisé, la transaction eût été maintenue. Or, c'est précisément dans cette catégorie que se plaçaient les faits dans l'espèce jugée par la Cour de Rouen; donc la Cour de Lyon et la Cour de cassation n'émettent pas une autre doctrine que celle-ci.

Concluons donc qu'on ne saurait, sous aucun prétexte, invalider la transaction ou le compromis intervenu entre le gérant et un tiers débiteur ou créancier de la société sur des droits acquis par elle ou contre elle. L'un et l'autre ne sauraient, dans cette hypothèse, être considérés que comme des actes d'administration ou de disposition, uniquement et exclusivement réservés au gérant.

207. Doit-il en être de même de la faculté d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles de la commandite?

[1] Cass. 12, avril 1842. D. P. 42, 1, 246.

En principe, a-t-on dit pour l'affirmative, toute société peut s'obliger, emprunter, vendre et hypothéquer ses immeubles. La société en commandite, ne pouvant exercer ses droits, comme société, que par l'organe de son gérant, ne doit pas être présumée avoir renoncé au droit d'hypothèque, par cela seul qu'une clause spéciale ne donne pas au gérant des pouvoirs exprès à cet égard; car on n'est pas présumé vouloir se condamner à l'inertie et se frapper d'une incapacité, pouvant devenir une source de ruine; il résulte, au contraire, de la nature de la société en commandite que, dès l'instant que l'acte social est muet sur les pouvoirs du gérant en fait de vente ou d'hypothèque, ces pouvoirs sont censés lui appartenir. En effet, dans une pareille société, le silence doit toujours être interprété en faveur de la conservation pour le gérant du droit d'agir dans toute son étendue; ces principes sont également conformes au droit et à la raison, car on ne comprendrait pas qu'alors que le gérant a le pouvoir d'acheter, de s'obliger pour la société, de souscrire en son nom des effets de commerce, on lui refusât celui de contracter un emprunt la veille d'une échéance, et de consentir une hypothèque, si l'emprunt ne peut être réalisé autrement. La responsabilité indéfinie du gérant offre toute garantie aux associés; donc ce qui n'est pas interdit au gérant dans l'acte de société doit être réputé lui avoir été accordé.

Ces raisons ne manquent pas d'une certaine gravité, à l'endroit de l'hypothèque principalement. Il est évident, en effet, que le gérant a le droit de la conférer

indirectement, puisque la condamnation, poursuivie par les porteurs des billets souscrits par lui, grèvera incontestablement les immeubles de la société. Pourquoi donc refuser le droit de faire directement ce qu'on peut accomplir d'une manière indirecte? N'y aurait-il pas dans la solution contraire économie et avantage pour la société elle-même?

Mais ces considérations manquent, en droit, de fondements solides. En effet, la présomption sur laquelle on les fonde, à savoir que, dès l'instant que l'acte social est muet sur les pouvoirs du gérant en fait de vente ou d'hypothèque, ces pouvoirs sont censés lui appartenir, est inadmissible; que le gérant soit de plein droit, et sans stipulations précises, autorisé à faire tout ce que le commerce exige habituellement, c'est ce qui ne saurait être contesté. Mais l'hypothèque, la vente de l'immeuble dont l'exploitation constitue l'industrie sociale s'écarte trop des moyens ordinaires du commerce pour qu'on la considère comme comprise dans la mission confiée au gérant.

Il est vrai que par la réalisation de l'une ou de l'autre celui-ci trouvera l'occasion de prolonger la durée de la société; mais cette prolongation deviendra onéreuse pour les associés qui l'achèteront au prix de leur capital; il vaut mieux pour eux que leur opération, compromise au point de ne pouvoir se soutenir par les voies ordinaires, et de braver les chances de discrédit résultant d'une hypothèque ou d'une vente, soit arrêtée et liquidée. Ce ne sera peut-être que parce qu'ils l'ont ainsi compris, ainsi voulu, que l'acte social a gardé le

silence sur le pouvoir d'aliéner ou d'hypothéquer. Dans cette hypothèse, on voit combien la présomption invoquée s'écarterait de la vérité.

On doit donc reconnaître que, par cela seul que le droit d'hypothéquer ou de vendre est un droit exceptionnel en matière de commandite, son exercice ne pourrait être légal que si le gérant a été formellement autorisé à s'y livrer. Tout ce qui dépasse le commerce, dans l'acception usuelle de ce mot, excède la capacité du gérant; ses actes, sous ce rapport, rentrent donc sous l'empire des principes généraux et du droit commun.

C'est ce que la Cour de Douai avait consacré; son arrêt fut déféré à la Cour suprême, et attaqué par les motifs que nous avons déjà transcrits.

Mais ces motifs ne furent point accueillis. L'arrêt de la Cour de Douai reçut la plus éclatante confirmation.

« Attendu, en droit, dit la Cour de cassation, qu'aucun article du Code de commerce ne donne expressément au gérant d'une société en commandite le pouvoir de vendre ou d'hypothéquer les immeubles de la société; que les art. 24, 27 et 28, invoqués par les demandeurs, ne parlent que de l'interdiction pour le commanditaire d'administrer, et non des pouvoirs du gérant;

« Attendu que, dans le silence de la loi spéciale, il faut recourir à la loi générale;

« Attendu que les art. 1988 et 2124 C. Nap. ne donnent le droit d'aliéner et d'hypothéquer que lorsqu'on est investi d'un mandat spécial à cet effet;

« Attendu, en fait, que, dans l'espèce, l'acte de société

formé pour l'exploitation de la fabrique de sucre de Wambrachies ne donne en aucune façon au gérant le pouvoir d'aliéner ou d'hypothéquer cette fabrique [1]. »

Cette doctrine est d'autant plus irréprochable que les inconvénients qu'on veut en faire découler sont faciles à prévenir. L'acte de société doit s'expliquer à l'endroit de la faculté d'aliéner et d'hypothéquer ; le gérant doit, comme principal intéressé, provoquer lui-même cette explication. Si les associés y consentent, toutes les difficultés disparaissent; mais ce consentement ne peut ressortir que de l'insertion d'une clause expresse dans l'acte social. Si cet acte est muet, le refus du droit est de plein droit et irrévocablement présumé.

208. Le gérant d'une commandite n'est pas censé aliéner lorsque, les immeubles de la société se trouvant placés sous le coup d'une saisie réelle, il consent la conversion de l'expropriation en vente volontaire. Dans cette hypothèse, en effet, l'aliénation ne provient pas de son fait, elle est indépendante de sa volonté, elle doit s'accomplir sans son concours par la seule force de la loi, et en vertu de droits régulièrement acquis par des tiers.

L'expropriation, si elle suit son cours, peut entraîner les conséquences les plus onéreuses pour la société. Indépendamment des frais occasionnés par les formalités nombreuses qu'elle nécessite, elle peut entraîner la dépréciation des immeubles et déterminer leur vente

[1] 21 avril 1841, J. D. P., t. II, 1841, p. 381.

pour un prix inférieur à leur valeur réelle, si le jour de l'adjudication il ne se trouve pas d'enchérisseurs.

La vente volontaire atténue ces inconvénients, si elle ne les fait pas disparaître. Vouloir empêcher le gérant de substituer celle-ci à l'expropriation, ce serait tourner contre la société une précaution ordonnée dans son intérêt exclusif. Le gérant, en consentant cette conversion, fait donc un acte de loyale et bonne administration, auquel la justice ne saurait refuser son approbation. C'est dans ce sens que l'a formellement jugé la Cour de cassation, par arrêt du 23 août 1836 [1].

209. Le gérant de la commandite pure peut, plus facilement encore que celui de la société collective, abuser de ses fonctions. L'inaction forcée des associés enlève à la première ce contrôle actif que la seconde trouve dans les associés ordinaires, alors même qu'ils sont privés du droit d'administrer. La responsabilité du gérant, admise dans celle-ci, doit donc être plus sévèrement appliquée dans celle-là.

210. C'est à ce point de vue qu'on s'est souvent placé dans la recherche des conséquences que devaient produire les abus dont le gérant de la commandite s'est rendu coupable. Ainsi a-t-on notamment soutenu que le fait d'avoir appliqué les fonds sociaux à ses affaires propres et personnelles constituait la violation du mandat prévue par l'art. 408 du Code pénal, et devait conséquemment être poursuivi et puni correctionnellement.

[1] D. P. 37, 1, 139.

La jurisprudence est divisée à cet égard. En voici jusqu'à présent les errements.

La Cour de Paris avait condamné, comme coupable d'abus de confiance, et par application de l'art. 408 C. pén., un gérant convaincu de s'être personnellement appliqué les fonds de la commandite; mais son arrêt, déféré à la Cour suprême, fut cassé pour fausse application de la loi.

Dans le système de la Cour de Paris, le gérant d'une commandite n'est qu'un mandataire ordinaire; c'est ce que n'admet pas la Cour de cassation, et ajoutons-le avec la vérité des choses. Voici donc sur ce point ses motifs : « Attendu que l'associé gérant d'une société en commandite ne peut être considéré légalement comme un mandataire; qu'en effet ses pouvoirs, établis par l'acte de société, font partie des conventions réciproques sur la foi desquelles l'association s'est formée; qu'ils ne peuvent être révoqués que pour cause légitime; qu'ils ne sont pas exercés au nom du mandant, et dans un intérêt étranger à celui qui les exerce; que sous tous les rapports ils diffèrent essentiellement des pouvoirs qui résultent du contrat de mandat. »

211. Il semble difficile de contester la rigoureuse exactitude et la justesse de ces considérations. Cependant la Cour de Rouen, devant laquelle la cause fut renvoyée, prononça dans le même sens que la Cour de Paris. Elle déclara qu'en droit le gérant était un simple mandataire, et comme tel passible des peines portées par l'art. 408; qu'en fait, le délit reproché au gérant n'était pas prouvé. En conséquence, elle le dé-

charge de l'accusation, et cet acquittement explique comment la Cour de cassation ne fut pas appelée à se prononcer une seconde fois sur la question [1].

212. M. Delangle, qui déjà refuse au gérant de la commandite le droit de transiger et de compromettre parce qu'il ne le considère que comme un simple mandataire, ne pouvait hésiter entre la Cour de cassation et les Cours de Paris et de Rouen. Aussi déclare-t-il la doctrine de celles-ci conforme au texte de la loi pénale, aux principes de la société en commandite, nécessaire à la protection des associés commanditaires.

« Eh, quoi! s'écrie-t-il, un mandataire ordinaire qui, chargé du recouvrement d'un billet, s'en approprie la moindre part est condamné correctionnellement, et un gérant de société, après avoir dissipé, volé les millions confiés à sa foi, ne sera exposé qu'à une action civile! après son jugement constatant son infidélité, il n'encourra que la contrainte par corps, qui s'attache à toutes les dettes commerciales! Non, encore une fois non, la loi n'autorise pas ces distinctions; ce n'est pas la forme qu'il faut voir, il faut aller au fond des choses, et comme au fond le gérant n'est qu'un mandataire, il doit expier ses fraudes par l'application de la loi pénale [2]. »

213. Nous en demandons pardon à cet éminent maître, mais ce n'est pas avec les sentiments qu'on résout les questions de droit, de droit criminel surtout.

[1] Voir ces deux arrêts. J. D. P., t. II, 1842, p. 125.

[2] T. I, n. 322 et suiv.

En principe, en effet, tout le monde est d'accord : les lois pénales ne peuvent jamais être, sous prétexte d'analogie, étendues d'un cas à un autre ; elles sont au contraire essentiellement limitatives et restrictives ; elles n'atteignent et ne peuvent atteindre que les faits qu'elle ont expressément prévus ; il faut donc, pour justifier dans l'espèce l'application de l'art 408, démontrer que le législateur a compris le fait du gérant dans le nombre des délits qui y sont énumérés.

A ce propos, remarquons que la violation du mandat n'a été elle-même un délit que depuis la refonte de notre Code pénal, en 1832 ; jusque-là tout ce qui pouvait en résulter, c'était l'application de l'article 1996 C. Nap. : *Le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage du jour de cet emploi.*

Il faut donc rechercher dans l'esprit de la loi de 1832 la nature et le caractère de ce nouveau délit ; or, à cet égard, nul doute n'est permis. Le mandat dont la violation sera correctionnellement punie est celui que l'art. 1984 C. Nap. caractérise en ces termes : « L'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. »

Ainsi donc, ce que prévoit l'art. 408, ce n'est pas l'abus d'un mandat quelconque, c'est taxativement celui qui n'a été accepté que pour être exercé au nom et pour le compte exclusif du mandant.

Rencontrera-t-on ces conditions dans l'opération se réalisant entre les commanditaires et le gérant ? Le mandat de celui-ci, résultant du fait et de la nature de

Digitized by Google

l'association, est plutôt légal que conventionnel; il ne constitue pas le pouvoir d'agir au nom des mandants, car ce serait les engager indéfiniment, ce que le gérant n'a aucune capacité de faire; il ne consiste pas à agir dans leur intérêt, puisque le gérant a lui-même, comme associé responsable, un intérêt bien plus grave que celui des commanditaires; enfin la chose qu'il s'agit d'administrer appartient au gérant comme à ses associés, dont les mises réunies ne sont plus leur propriété privée et deviennent le fonds commun, auquel le gérant a un droit incontestable.

C'est surtout cette copropriété qui fait évanouir toute idée de mandat ordinaire; aussi M. Delangle va-t-il essayer de l'écarter.

« Pothier, dit-il, enseigne que si l'affaire qui ne concerne que le seul intérêt du mandataire ne peut être l'objet d'un mandat, il en est autrement si l'affaire concerne tout à la fois le mandataire, le mandant ou des tiers, car cela suffit pour que le mandataire qui s'en est chargé soit tenu de rendre compte. »

Pothier a raison; mais en empruntant sa doctrine, M. Delangle ne tient pas assez compte de l'espèce et des conséquences qui se réaliseront. En fait, il y a deux intérêts parfaitement distincts: celui du mandataire, celui du mandant. En disposant de ce qui le concerne, le premier ne peut en rien affecter les droits de ce dernier, que s'il en a reçu le pouvoir exprès d'en disposer au nom et dans l'intérêt du mandant; aussi, tout en traitant personnellement en ce qui le touche, le mandataire devra-t-il agir en sa qualité, et justifier de ses

pouvoirs pour engager valablement son mandant. Évidemment donc, et en regard de celui-ci, le contrat prévu par l'art. 1984 se réalise dans toute son étendue, et dès lors sa violation se trouverait sous le coup de l'art. 408.

Où donc est, dans l'hypothèse d'une société en commandite, l'intérêt distinct, ou la qualité différente? Le gérant ne liera-t-il ses commanditaires qu'en déclarant, en ce qui les concerne, n'agir que comme leur mandataire? La solution de ces questions est facile, et la différence entre cette hypothèse et celle de Pothier est trop saillante pour qu'on doive, pour qu'on puisse arriver à un résultat identique.

M. Delangle ajoute que ce qui caractérise le mandat, c'est la nécessité de rendre compte; mais cette nécessité établit-elle toujours le mandat, dont la violation est correctionnellement punie? Or, a-t-on soutenu jamais que le tuteur, que le communiste, doit subir l'application de l'art. 408, s'il est reconnu reliquataire? L'obligation de rendre compte ne saurait donc influer sur le caractère du contrat, ni empêcher que celui que le gérant puise dans sa qualité ne soit pas un mandat exceptionnel, ainsi que nous venons de le prouver.

C'est, au reste, ce que la Cour de cassation a décidé en plusieurs circonstances; c'est ce que la Cour de Rouen avait elle-même jugé dans l'arrêt du 19 août, que nous empruntions tout à l'heure. Appelée à décider si le gérant avait eu ou non le droit de transiger, la Cour se prononce pour l'affirmative, attendu que le gérant de la commandite agit autant dans son intérêt que dans

celui de ses associés; qu'il ne peut donc être assimilé à un simple mandataire, dont les droits sont expressément limités par la loi civile. Comment, dès lors, se livrer à cette assimilation, en présence d'une disposition exceptionnelle et pénale.

De tout cela nous concluons, contrairement à ce que fait M. Delangle, que les Cours de Paris et de Rouen se sont trompées sur la difficulté qui nous occupe; que seule la Cour de cassation a proclamé les véritables principes et donné à la matière la solution qu'elle comporte juridiquement.

En réalité donc, l'abus que le gérant commet dans la disposition qu'il fait des fonds sociaux, en les appliquant à ses besoins personnels, n'est pas atteint par l'art. 408 C. pénal. Le gérant ne saurait être un mandataire, parce qu'il est copropriétaire de ces fonds, parce qu'il trouve dans sa qualité le droit de transiger et de compromettre, parce qu'enfin il n'est pas appelé à les administrer au nom et dans l'intérêt exclusif des commanditaires. Sans doute, l'acte qu'il commet n'en est pas moins blâmable aux yeux de la morale et de la loi, et s'il n'est pas un délit, il constitue évidemment un dol civil, il en produit toutes les conséquences.

ARTICLE 26.

L'associé commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société.

ARTICLE 27.

L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de

gestion, ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration.

ARTICLE 28.

En cas de contravention à la prohibition mentionnée dans l'article précédent, l'associé commanditaire est obligé solidairement, avec les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et engagements de la société.

SOMMAIRE.

214. Caractère et objet de l'article 26.
215. Conditions pour que le payement de la mise opère la libération de l'associé.
216. Valeur de la contre-lettre que le signataire de l'acte social obtiendrait du gérant.
217. Caractère juridique de la nullité, au point de vue des pouvoirs du gérant. Exemples tirés de la jurisprudence.
218. Pourrait-on compenser la mise avec une dette due par le gérant en son nom propre et privé.
219. Solution remarquable donnée par la Cour d'Aix; arrêt conforme de la Cour de cassation.
220. Mais la mise peut être valablement fournie en marchandises, en valeurs commerciales, et même par la cession de créances ordinaires.
221. Impossibilité, pour les associés, de retirer tout ou partie de leur mise pendant la durée de la société. Exemples d'application de cette règle.
222. Le droit de contraindre au rapport de la mise mal à propos retirée appartient aux commanditaires eux-mêmes.
223. On peut stipuler que la mise produira un intérêt.
224. Conséquences de cette clause dans le cas de pertes par la société.
225. Les intérêts perçus en cet état doivent-ils être recomblés?
226. *Quid*, pour les bénéfices distribués? Controverse entre la Cour de cassation et les Cours de Rouen et de Paris. Opinion de M. Persil fils.
227. Motifs devant la faire repousser.
228. Opinion de MM. Duvergier et Pardessus.
229. Comment cette dernière se concilie avec celle de MM. Troplong, Delvincourt, Delangle, Malepeyre et Jourdain.

230. A quelles conditions devra-t-on admettre que les commanditaires ont reçu de bonne foi?

331. *Quid*, si le gérant avait produit un inventaire faux et mensonger?

232. Résumé.

233. Le commanditaire qui s'est borné à faire porter les intérêts et bénéfices au crédit de son compte peut-il les prélever au moment de la liquidation, ou s'en prétendre créancier dans la faillite?

234. Arrêt, pour l'affirmative, de la Cour de Rouen. Opinion conforme de M. Delangle.

235. Dissentiment et réfutation.

236. Faculté pour le gérant de poursuivre le payement de la mise. Nature de son action ou de celle des créanciers agissant en vertu de l'article 1166 C. Nap.

237. Après la faillite, les syndics, représentant les créanciers, ont-ils l'action directe contre les associés? Renvoi.

238. Réfutation de quelques arguments de M. Delangle.

239. Caractère et effet de la clause portant que, faute de réaliser les payements convenus, les commanditaires seront déchus et perdront tout ce qu'ils auraient déjà payé.

240. Résumé.

241. Les commanditaires sont contraignables par corps pour le payement de leur mise.

242. Nature de l'art. 27 C. comm.

243. Débats que la rédaction souleva.

244. Réfutation de la critique qu'en fait M. Frémery.

245. Justification du droit pour le commanditaire d'assister aux assemblées et d'y délibérer.

246. La nature du concours permis aux commanditaires et ses effets sont abandonnés à l'arbitrage des tribunaux.

247. Exemples tirés de la jurisprudence en ce qui concerne la surveillance.

248. Dans quelles limites doit-on les circonscrire?

249. Les délibérations prises par les commanditaires lient-elles le gérant à leur égard? Opinion de M. Pardessus.

250. Réfutation.

251. Droits des commanditaires en cas de mort ou de démission des gérants, ou de liquidation de la société. Arrêt à ce sujet.

252. Résumé.

253. Avis de conseil d'Etat sur l'application des articles 27 et 28. Conséquences quant au commanditaire commissionnaire.

254. Les commis ou facteurs peuvent-ils être considérés comme s'étant immiscés.

Digitized by Google

255. Droit des commanditaires commerçants d'établir des relations avec la société.
256. Mais ils ne peuvent compenser le crédit de leur compte avec ce qu'ils doivent encore de leur mise.
257. L'immixtion peut être prouvée par témoins et par présomptions.
258. Première difficulté qu'a fait naître l'article 28. Etendue de la responsabilité du commanditaire qui s'est immiscé.
259. Deuxième difficulté. Ce commanditaire a-t-il un recours contre le gérant pour tout ce qu'il est obligé de payer au delà de sa mise? Opinion affirmative de MM. Pardessus et Troplong.
260. Discussion et rejet de cette opinion.
261. Opinion et restriction que M. Delangle enseigne. A quelles conditions devrait-on admettre celle-ci?
262. Troisième difficulté. Le commanditaire qui s'est immiscé peut-il être déclaré en état de faillite?

214. Le caractère exceptionnel de la société en commandite se révèle avec éclat dans l'art. 26; le commanditaire peut participer aux bénéfices dans des proportions égales avec l'associé en nom collectif. Mais, quelque facheux que soient les résultats du commerce, alors même que la fortune entière de celui-ci serait absorbée sans que le passif fût couvert, le commanditaire est quitte envers tout le monde par l'abandon de sa mise.

Cette inégalité de position, quelque choquante qu'elle puisse paraître, n'est pas un droit nouvellement créé par le Code. Elle a été de tout temps la conséquence incontestée de la société en commandite, l'effet direct et forcé du but qu'elle se proposait. Cette institution, en effet, créée dans l'intérêt du commerce, n'a eu d'autre objet que d'appeler, à l'aide de ses opérations, les capitaux de ceux auxquels leur position sociale rendait cette carrière impossible, et de ceux qui ne voulaient ou ne pouvaient en courir les chances indé-

terminées, dans la crainte de compromettre leur patrimoine et la fortune de leur famille.

Pour atteindre ce résultat, pour dissiper ces justes craintes, il fallait matérialiser en quelque sorte les effets de la commandite, afin de la rendre accessible à tous. Il fallait surtout déterminer un *maximum* de pertes ne devant et ne pouvant jamais être dépassé. Or, ce *maximum* était naturellement indiqué, c'était la mise que chaque associé s'engageait à fournir. Il est évident que celui qui expose une somme quelconque, qu'il est libre de fixer à sa convenance, a par cela même prouvé que l'idée de la perdre n'a rien de bien compromettant pour lui. Ces errements des législations anciennes ont été admis et consacrés par notre art. 26.

Donc le commanditaire est parfaitement libre de suivre, dans la détermination de son intérêt social, ce qu'exigent ses convenances et sa position de fortune. Il ne sera jamais tenu au delà de ce qu'il a promis. Le payement de sa mise le libérera tant envers ses coassociés que vis-à-vis des créanciers, sans être exposé à aucune recherche à raison de la société.

215. Mais plus l'effet du payement devait être décisif, et plus on devait veiller à sa sincérité. Les créanciers, sans action pour en quereller les conséquences, doivent donc être reçus à en discuter les caractères ; il ne sera réellement libératoire que s'il a été réel et effectif. La première des exceptions qu'ils pourront faire valoir est sans contredit celle tirée de la simulation de la quittance. La preuve que cette quittance a été con-

cédée sans que rien eût été reçu en échange en ferait prononcer l'annulation, et laisserait le porteur dans l'obligation de payer sa mise.

216. Le commanditaire pourrait-il se prévaloir de la contre-lettre signée par le gérant, et constatant que, quoiqu'il ait adhéré à l'acte social, la vérité est qu'il n'a jamais été associé?

La négative ne nous paraît pas susceptible du moindre doute. Celui qui ne veut pas être associé a une chose fort simple à faire : ne pas signer le pacte social. Quel peut être, en effet, la raison d'une conduite contraire? Le résultat de la complaisance ; mais la loi ne saurait se contenter d'une pareille excuse. Dans cette occurrence, la complaisance pour le gérant devient une fraude évidente contre les coassociés, contre les tiers.

En effet, signer un acte de société et obtenir une contre-lettre rendant cette signature sans valeur ne peut être interprété que dans le sens d'une des trois hypothèses suivantes :

Ou se servir d'un nom recommandable par son expérience ou sa fortune, pour capter la confiance publique et obtenir des adhésions qui n'auraient pas été données sans l'existence de cette signature ;

Ou tendre un piége aux tiers, en leur inspirant la fausse persuasion de l'existence de garanties et de ressources n'ayant rien de réel ;

Ou compléter le nombre des signatures exigées par les statuts, pour que la société soit définitivement constituée.

Dans l'un comme dans l'autre de ces cas, la fraude existe, elle ne saurait être ni méconnue ni contestée. Pourrait-on permettre à ses auteurs de s'en prévaloir et surtout d'en profiter, alors qu'il s'agit de majeurs capables et tenus d'apprécier les conséquences de l'acte qu'on leur demandait et qu'ils ont accompli?

La raison et la loi protestent également contre toute solution affirmative : en conséquence, proscrire une pareille excuse, condamner comme associé celui qui a ostensiblement et expressément pris cette qualité est pour les tribunaux, non-seulement un droit, mais encore un devoir.

217. Ce résultat juridique, au point de vue des principes régissant la fraude, ne l'est pas moins à l'endroit des principes spéciaux applicables au gérant. Nous l'avons déjà dit, celui-ci n'engage la société que lorsqu'il traite sur des matières sociales rentrant dans ses attributions. Telle n'est pas la transaction qu'il consentirait dans l'objet de dispenser quelques associés de leurs engagements, notamment de celui de verser leur mise, ou de retirer ce qu'ils ont déjà payé[1].

Or, en réalité, la contre-lettre, à l'effet de faire considérer la signature d'un associé comme n'existant pas, constituerait une transaction de ce genre, et ne pourrait, sous ce rapport encore, échapper à la nullité[2].

218. Ainsi le payement est dû par tous les signataires de l'acte, sans exception possible, et ce paye-

[1] Voir *supra*, n. 205.

[2] Cass. 12 avril 1842. Paris, 29 août 1845 et 22 décembre 1846. J. D. P., t. I, 1842, p. 545; t. II, 1845, p. 46; t. I, 1847, p. 114.

ment doit être effectif et réel. Pourrait-on reconnaître ce double caractère dans le payement consistant en la compensation de la mise du commanditaire avec la créance qui lui était due par le gérant en son propre et privé nom?

L'affirmative ne pourrait être accueillie que dans cette seule hypothèse, à savoir si, la compensation formellement stipulée dans l'acte, cette clause avait été légalement publiée. Cette formalité est une indication de la nature des valeurs fournies et à fournir; elle indique aux tiers le caractère des ressources que présente la société; ils seront donc à même de juger de la confiance qu'ils doivent faire.

Mais si, au lieu de publier cette clause, l'extrait déposé au greffe énonce seulement que chaque associé s'oblige à verser une somme déterminée, les tiers ont dû compter sur la réalisation de cette promesse et mesuré leur confiance sur son importance; il faut donc que chaque somme soit réellement entrée dans la caisse sociale. Tout mode n'ayant pas déterminé ce résultat, et conséquemment la compensation entre la mise et ce qui est privativement et personnellement dû par le gérant, ne saurait avoir pour effet de libérer le commanditaire de son obligation. Comment pourrait-on tolérer qu'on fît luire aux yeux du public un avoir offrant des garanties certaines, alors qu'en fait cet avoir se trouverait absorbé par le passif antérieur du gérant.

Il est légalement et loyalement impossible que les commanditaires puissent directement ou indirecte-

ment concourir à tromper les tiers. Ceux-là donc d'entre eux qui voudront compenser leur mise avec leurs créances doivent non-seulement le stipuler expressément, mais encore veiller à ce que cette stipulation reçoive toute la publicité requise; à défaut de celle-ci, ils seraient contraints, malgré toute compensation, à verser réellement leur mise. Ce qui doit le faire décider ainsi, c'est que la dette étant due à la société, et la créance par la personne privée du gérant, il n'y a pas identité de personnes entre le créancier et le débiteur, ce qui empêche légalement toute compensation.

219. La Cour d'Aix a fait une remarquable application de cette doctrine dans l'espèce suivante, qu'elle a eu à juger en 1844.

Un raffineur de sucre de Marseille, s'étant trouvé gêné dans son commerce, réunit ses créanciers ; un arrangement amiable intervient, aux termes duquel chaque créancier réduit sa créance à 50 p. 100, les autres 50 p. 100 devant rester aux mains du débiteur à titre de commandite.

Cette société est publiée, et l'extrait indique, non pas cette mise de 50 p. 100 des créances anciennes, mais que chaque commanditaire s'est engagé à verser une somme déterminée.

Quelques mois s'écoulent, et comme une société de ce genre ne pouvait offrir des ressources à une exploitation, car elle était purement négative, le commerçant qui l'avait formée est déclaré en faillite, en sa qualité de gérant.

Les créanciers nouveaux actionnent les comman-

Digitized by Google

ditaires en versement de leur mise individuelle : ceux-ci excipent de l'arrangement amiable, et prétendent s'être libérés par l'abandon convenu de 50 p. 100 ; mais les créanciers répondent que le silence gardé sur ce point, lors de la publication de l'acte, constituerait une fraude dont il leur serait dû réparation ; que c'est parce qu'ils ont cru à l'apport des sommes énoncées qu'ils ont traité avec un commerçant notoirement insolvable avant la société ; qu'ils ne lui auraient certainement pas fait confiance, s'ils avaient pu se douter que l'actif qu'on faisait connaître ne consistait que dans le passif de l'ancien commerce.

Il était difficile de combattre ce système ; aussi fut-il successivement consacré par le tribunal de commerce de Marseille et par la Cour d'Aix. Les commanditaires furent condamnés au payement de leur mise.

C'est ce que la Cour de cassation avait déjà admis, par arrêt du 14 février 1838. Cet arrêt décide que l'associé commanditaire ne s'étant libéré qu'au moyen d'un transport de créance, et le débiteur cédé ayant compensé la dette avec une créance qu'il avait lui-même sur l'associé responsable personnellement, le transport opéré par le commanditaire n'a pu équivaloir au versement effectif auquel il était tenu envers les tiers par l'acte de société [1].

220. Il résulte de cette jurisprudence que le commanditaire n'est libéré envers les tiers que par la preuve que sa mise est réellement entrée dans la caisse sociale.

[1] D. P., 38, 1, 357.

Il ne faudrait pas certes conclure de là qu'il ne puisse payer, soit en marchandises, soit par un transfert de valeurs commerciales ou par transport de créances ordinaires. Dans ce dernier cas seulement le payement ne serait pas libératoire si, par une circonstance quelconque, par compensation avec la dette personnelle au gérant, ou par l'insolvabilité des débiteurs, les créances cédées n'avaient nullement profité à la société [1].

221. La mise réalisée n'appartient plus à celui qui l'a versée, elle devient la propriété commune de tous les associés, et le gage exclusif des créanciers. En conséquence, elle ne peut valablement être retirée en tout ou en partie qu'après payement intégral de ces derniers.

Les exemples d'application de cette règle sont nombreux en jurisprudence. Nous nous contenterons d'en emprunter quelques-uns.

Ainsi, il a été jugé par la Cour de Paris, le 22 mai 1841, que l'associé commanditaire qui, après la dissolution de la société, et avant l'établissement d'aucun compte de liquidation régulier, s'est fait remettre sa commandite, est responsable envers les créanciers de la société non désintéressés du montant de sa commandite, et des intérêts qu'il en a retirés indûment [2];

Par la Cour d'Angers, le 18 février 1843, que la mise du commanditaire étant, ainsi que les intérêts et les bénéfices qu'elle a pu produire, et qui, chaque année, sont venus la grossir du consentement du com-

[1] Voir *Consult.* de M. Dalloz aîné. D. P., 33, 2, 244.

[2] J. D. P., t. II, 1841, p. 45.

manditaire, affectée au payement des dettes de la société, celui-ci ne peut en opérer le retirement, même après la dissolution de la société, que sauf l'acquittement des dettes sociales [1];

Par la Cour de Douai, enfin, le 14 décembre 1843, que le commanditaire qui veut obtenir du gérant la restitution de la mise qu'il a versée ne peut le faire, vis-à-vis des créanciers de la société, qu'après liquidation régulière de celle-ci; dès lors doit être considérée comme nulle et non avenue, à l'endroit de ceux-ci, l'obligation, qu'avant toute liquidation, le gérant, à la veille de faillir, aurait souscrite au profit du commanditaire pour le rembourser de sa mise [2].

Le caractère juridique de cette jurisprudence n'a jamais été ni pu être contesté; il n'y a pas à hésiter entre l'associé et les créanciers toutes les fois qu'il s'agit de la répartition de la perte; il serait immoral et inique de la laisser à la charge de ceux-ci, parce qu'il aurait convenu à l'associé de se hâter de prendre des mesures pour sauver du naufrage la mise jusqu'à concurrence de laquelle il est tenu. Qu'on ne puisse donc rien lui demander au delà, c'est la loi qui le veut ainsi; mais qu'on lui permette de la retenir, parce qu'il en aura obtenu la restitution, ce serait méconnaître la raison et le droit.

Il doit donc rapporter tout ce qu'il en a touché. Vainement exciperait-il de ce qu'à l'époque où il en a accepté le remboursement, la société était *integri*

[1] J. D. P., t. II, 1843, p. 166.
[2] *Ibid.*, t. I, 1844, p. 212.

status, on lui répondrait que cette preuve ne pouvait résulter que d'une liquidation régulière que sa retraite de la société rendait indispensable et du payement réel des créanciers ; que si la mise avait été remboursée après dissolution de la société, la preuve contraire à l'allégation serait acquise par cela seul qu'il existerait des créanciers en souffrance.

222. Le droit de contraindre au rapport de la mise mal à propos retirée appartient non-seulement aux créanciers, mais encore à tous les autres commanditaires s'ils y ont intérêt; or cet intérêt est incontestable, lorsque, la perte étant inférieure au capital, il s'agit pour chacun d'eux d'y contribuer proportionnellement. Il est évident que la proportion sera d'autant moindre qu'il y aura un plus grand nombre d'obligés.

La certitude de l'intérêt engendre celle de l'action ; donc, au moment de la liquidation, les associés commanditaires seront fondés à exiger que toutes les mises participent au payement de la perte, et à obtenir que la base proportionnelle pour chacun d'eux soit calculée sur leur ensemble. Chacun d'eux pourrait se faire rembourser ce qu'il aurait payé au delà de ce qu'il devait réellement.

La seule différence entre les associés et les tiers, c'est que la demande des uns pourrait être l'objet de fins de non-recevoir, tirées de la participation qu'ils auraient prise, ou de l'approbation qu'ils auraient donnée à la retraite de l'associé, tandis que celle des tiers ne saurait jamais être contestée sous ce rapport.

Aussi, le répétons-nous, en ce qui les concerne,

l'action en recomblement de tout ce qui aurait été distrait de la mise n'a jamais été mise en question; mais il n'en a pas été ainsi des produits de cette mise. Le commanditaire est-il tenu de restituer les intérêts et bénéfices qui lui ont été périodiquement distribués? Examinons ce qu'il doit en être des intérêts, nous nous occuperons ensuite des bénéfices.

223. Le payement des intérêts de la mise doit être stipulé dans l'acte social. A défaut d'une clause expresse, il n'en serait dû aucun; ce qui aurait été touché à ce titre ne serait plus qu'un bénéfice déguisé.

Le caractère licite de la stipulation d'un intérêt en faveur des commanditaires ne saurait être révoqué en doute. Une pareille clause n'est que l'exercice de la faculté qui leur est laissée de ne jamais courir d'autres risques que ceux qu'ils ont bien voulu s'imposer. Elle constitue une condition sans laquelle ils n'auraient pas engagé le capital. Elle est donc valable à l'endroit des tiers comme des associés eux-mêmes [1].

D'ailleurs, assurer aux commanditaires l'intérêt annuel ou semestriel de leurs fonds c'est, en réalité, leur concéder une plus grande part dans les bénéfices. Or, comme le droit qu'ils ont de participer à ceux-ci n'a reçu aucune limite, il est évident qu'on n'aurait aucun motif plausible pour faire révoquer cette concession.

224. Faut-il conclure de là, comme l'a fait la Cour de Rouen, que les tiers doivent subir le prélèvement de ces intérêts, lors même qu'au moment où il a été

[1] Rouen, 30 mars 1841. J. D. P., t. 1, 1841, p. 473.

distribué, il était évident qu'au lieu d'avoir un bénéfice, la société était en perte ? L'admettre ainsi, c'est reconnaître à l'associé une qualité ne pouvant lui appartenir, celle de bailleur de fonds. Il ne saurait, en effet, exister simultanément un contrat de société et un contrat d'emprunt : la qualité d'associé exclut celle de prêteur. Aussi, nous venons de le dire, le commanditaire stipulant l'intérêt de sa mise exige un bénéfice supplémentaire bien plutôt qu'un intérêt proprement dit.

Ce qui détermine surtout ce caractère de la stipulation, c'est que les mises sont devenues la propriété de la société. Il serait donc contraire à la nature des choses que celle-ci payât un loyer quelconque de choses lui appartenant : elle ne doit donc pas d'intérêt. Celui auquel elle s'est engagée ne peut donc consister que dans le prélèvement d'une partie du produit de ces mises, c'est-à-dire du bénéfice qui en sera résulté.

Vainement objecterait-on que les tiers ne peuvent, dans aucun cas, quereller un droit dont l'existence leur a été dénoncée par la publication de l'acte de société. Nous répondrons, qu'en ce qui les concerne, la clause portant intérêt ne peut avoir un autre sens que celui que nous venons d'indiquer, à laquelle, dès lors, ils ne devaient ni ne pouvaient attacher une grande importance, puisqu'ils sont naturellement étrangers à la répartition des bénéfices.

Conséquemment, prétendre les obliger à l'accepter et à la subir en ce sens, qu'on pourra, à son aide, modifier, diminuer, anéantir même le capital, c'est mé-

connaître la volonté expresse de la loi; leur retirer d'une main ce qu'on semble leur accorder de l'autre. En cas de perte, en effet, ils ne pourraient plus compter sur l'intégralité de ce capital, que l'art. 26 a voulu cependant leur assurer.

En dernière analyse, les tiers ont dû comprendre et savoir que l'associé pourrait annuellement disposer des revenus, des produits de sa mise. L'affectation spéciale que la société a consentie de cette partie de ses bénéfices est obligatoire pour eux. Ils doivent donc la respecter lorsqu'elle a été loyalement exécutée. Mais on ne pourrait en exciper contre eux lorsque, en réalité, la mise n'a procuré ni revenus ni produits; on dénaturerait la convention si on voulait les contraindre à admettre que l'intérêt devait être payé aux dépens du capital [1].

Ainsi donc, ce qui a été touché comme intérêt n'est pas sujet à répétition, à condition néanmoins qu'au moment où la distribution s'est opérée la société fût en bénéfices. Or, la vérité sera facilement établie, car les écritures permettront de constater à chaque période l'état réel des affaires.

225. S'il résulte de cet examen qu'au lieu d'un bénéfice réalisé la société n'avait éprouvé qu'une perte, les commanditaires seront-ils par cela seul tenus de recombler?

La Cour de cassation a, par arrêt du 19 mai 1847, adopté la négative, et jugé qu'il suffisait que l'intérêt

[1] Delangle, t. I, n. 365 et suiv.

eût été reçu de bonne foi, pour que le commanditaire fût à l'abri de toute recherche [1].

Cette décision nous paraît empreinte d'une équitable sagesse. Le commanditaire, exclu de la gestion, n'est pas initié au secret des affaires; il peut donc, de très-bonne foi, en ignorer l'état réel, et en cet état recevoir l'intérêt que le gérant lui paye.

Il est vrai qu'il pourrait s'en assurer par la vérification des écritures. Nous verrons même que pour la répartition des bénéfices, l'omission de cette formalité constitue les commanditaires en mauvaise foi; mais on ne pouvait, quant à ce, mettre sur la même ligne l'intérêt et le bénéfice. Le payement de l'un est en quelque sorte l'accomplissement d'une obligation imposée par l'acte social, tandis que la répartition de l'autre n'est qu'un droit dont l'exercice légal est nécessairement subordonné à la certitude de son existence. D'ailleurs, l'intérêt peut être semestriellement exigible, ou s'il est annuel, il peut échoir à une époque antérieure à celle indiquée pour l'inventaire. La loi s'en est donc reposée sur le gérant; elle devait, dès lors, présumer la bonne foi des commanditaires.

Mais cette présomption céderait facilement devant des circonstances de nature à établir que le commanditaire n'ignorait pas, ou ne pouvait ignorer que la société étant en perte, le prétendu intérêt qu'il recevait était prélevé sur le capital. C'est là une apprécia-

[1] J. D. P., t. II, 1847, p. 199 et la note.

tion de fait, souverainement déférée à la conscience des tribunaux.

226. Les principes régissant le rapport de l'intérêt doivent, sauf quelques modifications, résoudre la difficulté à l'endroit des bénéfices. Ainsi, le commanditaire pourra retenir les dividendes qui lui ont été distribués, et qu'il a acceptés de bonne foi. Nous verrons tout à l'heure en quoi consiste celle-ci, dans quel cas elle peut être admise.

La proposition contraire, c'est-à-dire la nécessité absolue de rapporter les bénéfices perçus pendant la durée de la société, avait été consacrée par la Cour de Rouen, le 14 décembre 1807. Son arrêt, déféré à la Cour suprême, fut cassé le 14 février 1810; mais, sur le renvoi, la cour de Paris, saisie de la question, la résolut dans le sens que celle de Rouen avait adoptée.

M. Persil fils approuve hautement cette solution, il la déclare conforme à l'équité et à la loi, c'est-à-dire à l'ordonnance de 1673, sous l'empire de laquelle le litige était placé [1].

La doctrine condamnée par la Cour de cassation se fonde sur ce que le bénéfice ne peut être certain qu'à la dissolution de la société et à sa liquidation. Jusque-là il n'y a que des chances incertaines; car le gain d'aujourd'hui peut être plus qu'absorbé par la perte de demain. Qu'arriverait-il cependant si, le cas échéant, le commanditaire retenait ce qu'il a perçu ? C'est que con-

[1] *Des Sociétés*, art. 26, n° 3.

trairement à la loi il ne perdrait pas l'intégralité de la mise qu'il avait versée, et qui se trouverait ainsi partiellement ou totalement remboursée, ce qui est contraire à la volonté bien formelle du législateur. D'ailleurs, comme accessoires de la mise, les bénéfices doivent suivre le sort de celle-ci, comme l'enseignait Straccha. *Si coita sit societas inter plures ad certum tempus, quemadmodum sors ipsa, nisi finita societate, invitis sociis, diminui non potest, ita pecunia quæ sorti accrevit, hoc est ipsum lucrum. Idem enim juris est, in eo quod accrevit, quod et in sorte est.*

227. Mais est-il bien certain que, dans ce passage, Straccha ait eu en vue l'hypothèse que nous examinons? Il est permis d'en douter. La perception des bénéfices qu'il condamne est celle qui se serait opérée *invitis sociis*. Celle que nous supposons, au contraire, ne sera jamais que l'exécution d'une clause de l'acte social ; elle se fera donc avec le consentement et le concours de tous les associés.

Quoi qu'il en soit, il ne paraît pas que la doctrine de Straccha, dans le sens qu'on veut lui donner, ait été jamais suivie, soit avant, soit depuis l'ordonnance de 1673. Aucun auteur ne la rappelle, aucun monument de jurisprudence ne la consacre ; et cependant l'occasion ne devait pas manquer ; car le prélèvement d'une somme annuelle était ordinairement stipulé dans le contrat même; nous en puisons la preuve dans les formules des sociétés que nous a léguées Savary.

Ce silence absolu de la doctrine et de la jurisprudence prouve donc que ce prélèvement était considéré comme

un droit, et cet usage nous est attesté par les auteurs du Code lui-même.

Il était même impossible qu'il en fût autrement. M. Delangle l'établit d'une manière péremptoire, en faisant très-judicieusement remarquer que cet usage était seul en parfaite harmonie avec l'idée sous l'influence de laquelle s'est développée la commandite. « Le but que celle-ci s'était proposé en 1673 était d'attirer dans le commerce les capitaux d'une noblesse fastueuse et prodigue ; on voulait que, sans se mêler de négoce et sans déroger, elle pût recueillir des gains supérieurs à l'emploi permis de l'argent ; il fallait donc que des bénéfices réalisables à des époques rapprochées, au fur et à mesure des opérations, pour ainsi dire, vinssent, en lui donnant un aliment certain, encourager l'esprit de spéculation. Quel attrait aurait pu avoir la perspective d'un gain dont la réalisation, reportée dans l'avenir, n'aurait, d'ailleurs, été définitive qu'après une liquidation longue, embarrassée, soumise à toutes les fatalités du commerce? A des hommes étrangers par goût et par position aux affaires commerciales il faut des certitudes, il faut qu'ils ne soient pas enchaînés aux résultats d'opérations dont ils n'ont pas la direction ; et qu'exposés à perdre le capital dont ils ont fait l'avance, ils ne courent pas d'autres dangers ; il faut surtout qu'ils ne puissent jamais être forcés de rapporter les fruits qu'ils ont reçus de bonne foi et consommés. Leur fortune pourrait succomber à ces retours imprévus [1]. »

[1] Delangle, t. I. p. 348.

Il n'y a rien à ajouter à ces considérations; elles établissent, avec la plus évidente certitude, qu'en prêtant à l'ordonnance un sens contraire, les Cours de Rouen et de Paris en ont méconnu la portée et l'esprit.

La Cour de Paris va plus loin encore; elle ne se contente pas d'interpréter la législation qu'elle avait à appliquer, elle prétend que la solution est conforme au nouveau Code de commerce, et qu'on doit la suivre sous son empire.

Ici l'erreur n'est plus seulement la conséquence de considérations décisives; elle est, en outre, expressément prouvée par la discussion que le Code subit au Conseil d'Etat.

En effet, la proposition de forcer les associés commanditaires à rapporter, en cas de faillite, les dividendes qu'ils auraient reçus, fut mise en délibération. On faisait observer que l'autorisation de retenir ces bénéfices équivalait à celle de retirer la mise elle-même, ce qui était contraire à la disposition de l'article 26.

On répondait :

1° Que les bénéfices passés sont réputés consommés;

2° Qu'adopter la proposition, ce serait changer la condition du commanditaire, laquelle consiste essentiellement à ne pouvoir perdre plus que les fonds qu'il a mis dans la société;

3° Qu'on dégoûterait les capitalistes des sociétés en commandite, parce qu'aucun d'eux ne voudrait s'exposer à rapporter, peut-être après dix ans, le dividende

qui a servi à pourvoir à ses dépenses journalières, à ses besoins ;

4° Que le système de l'article existait déjà, et que néanmoins les sociétés en commandite obtenaient du crédit.

Sur ces observations, la proposition, fut retirée [1].

Comment donc la Cour de Paris a-t-elle pu prêter au législateur du Code l'intention de faire aux commanditaires l'obligation de restituer les bénéfices perçus ? Est-ce pour arriver à ce résultat qu'il a rejeté la proposition qui le demandait ainsi ?

L'assertion de l'arrêt n'a donc aucun fondement légal, et sa doctrine n'a rien de juridique. Ajoutons, qu'au point de vue de l'équité, cette doctrine n'est rien moins que fondée. Sans doute il ne faut pas que les tiers deviennent les victimes de trompeuses, de fallacieuses promesses. Mais si, en réalité, chaque commanditaire perd le capital par lui versé, comment exiger davantage? S'est-il engagé à ajouter à ce capital les fruits et revenus qu'il est susceptible de produire ? L'article 26, dit M. Troplong, est décisif. En limitant la perte aux fonds que chaque actionnaire a versés ou doit verser, il exclut celle des bénéfices qu'on a stipulé devoir être annuellement distribués. Or, ce qui, dans la commandite, doit rester intact, c'est le capital, parce que là est le gage inaltérable des créanciers. Mais les bénéfices périodiques sont faits pour être distribués et consommés; telle est leur destina-

[1] Locré, *Esprit du Code de comm.*, art. 26.

Digitized by Google

tion, à moins que l'acte de société n'en dispose autrement; et les créanciers n'ont pas dû s'attendre à les trouver capitalisés pour augmenter le fonds social. Qu'ils se plaignent de fraude dans la répartition; qu'ils accusent les calculs de mauvaise foi ou d'erreur; qu'ils prouvent que ce qui a été coloré du nom de bénéfice n'était qu'une soustraction du capital, c'est leur droit: ils seront écoutés; mais ils échoueront toutes les fois que les livres démontreront que les distributions, aux époques convenues ou usuelles, n'ont entamé que les bénéfices, c'est-à-dire ce qui reste libre quand les pertes ont été couvertes [1].

Ainsi, la censure que la Cour de cassation a faite du système des Cours de Rouen et de Paris est justifiée en droit par le texte et l'esprit de l'article 26; elle réunit presque l'unanimité de la doctrine, et à l'autorité de M. Persil fils, nous opposons MM. Locré, Troplong, Delangle, auxquels viennent se joindre MM. Delvincourt, Malepeyre et Jourdain.

228. Il est vrai que M. Duvergier embrasse l'opinion que la restitution est due, mais il n'accorde le droit de l'exiger qu'aux créanciers antérieurs à la répartition. Ce moyen terme est inadmissible. Les créanciers d'une société, quelle que soit la date de leur titre, ont un droit égal à l'intégralité des ressources sociales indiquées par l'acte de société. La diminution illégale du fonds social depuis la constitution de celle-ci ne saurait leur être opposée, et cette diminution ne devient obligatoire

[1] Troplong, n. 846.

que si elle a été rendue publique avant qu'ils aient traité avec le gérant. A défaut de cette formalité, la dette contractée le dernier jour de l'existence de la société confère les mêmes droits, jouit des mêmes prérogatives que celle contractée le premier jour.

Quant à M. Pardessus, il ne formule aucune opinion bien précise; il n'admet pas formellement le rapport, mais il ne l'exclut pas. Il ne se dissimule pas la gravité des raisons qu'on fait valoir en faveur des commanditaires, mais il ne les croit pas sans réplique. Aussi conclut-il qu'en pareille matière, il ne saurait y avoir de règle absolue; que c'est donc d'après les circonstances, les clauses rendues publiques et la bonne foi des opérations que les tribunaux pourront se décider dans cette question si délicate [1].

229. M. Pardessus a raison : la constitution du bénéfice peut donner lieu à beaucoup de fraudes. Ainsi, on considérera comme actif de première valeur des créances douteuses ou verreuses; on dissimulera une partie du passif, et ces fraudes ne sauraient produire aucun lien obligatoire contre les créanciers. Mais cela personne ne le conteste, et les honorables jurisconsultes que nous avons cités, moins que qui que ce soit.

Ne se réunissent-ils pas, en effet, pour enseigner que la dispense du rapport ne peut être que la conséquence de la bonne foi? Cette bonne foi, à quelles conditions l'admettent-ils?

[1] N. 1035.

Déjà nous avons vu M. Troplong exiger, pour que la demande des créanciers soit repoussée, que les livres de la société justifient et prouvent que ce qui a été distribué était réellement un bénéfice, c'est-à-dire, ce qui restait libre toutes dettes payées. Admettre les tiers à provoquer cette vérification, c'est assez reconnaître qu'ils ne doivent être victimes d'aucune fraude.

230. A quels caractères, dit à son tour M. Delangle, se reconnaît la bonne foi?

Il y a bonne foi si, au moment où les dividendes ont été distribués, le bénéfice était réel; c'est-à-dire, si, balance faite de l'actif et du passif, l'actif certain, réalisé, excédait le passif de la somme dont les associés commanditaires ont profité; car, en ce cas seulement, il y a bénéfice. Toutes les fois que la différence de l'actif sur le passif n'est pas encore encaissée, et qu'il y a des recouvrements à faire, quelque rassurantes que soient les apparences, ce n'est qu'une espérance, et la plus légitime espérance n'autorise point un prélèvement [1].

Une pareille doctrine, on le voit, n'autorise et ne tolère aucune fraude. Nous avons donc raison de le dire, il n'y a, entre M. Pardessus et ces auteurs, contradiction, que dans la forme pour ainsi dire.

Donc le commanditaire qui voudra retenir ce qu'il a reçu devra prouver sa bonne foi, et celle-ci ne peut résulter que de l'existence certaine d'un bénéfice, au moment de la répartition. De là on arrivait forcément aux conséquences suivantes.

[1] N. 354.

Il ne suffit pas que le gérant ait annoncé que la société était en bénéfice. L'excuse du commanditaire, qu'il devait croire à la parole du gérant, n'est pas admissible. En ajoutant une foi entière aux déclarations de celui-ci, il a prouvé non sa bonne foi, mais sa crédulité, dont on doit d'autant moins lui permettre de se prévaloir, qu'elle est plus intéressée.

On comprend, en effet, que le commanditaire ajoutera volontiers toute créance à une assertion qui se résout en sa faveur par le payement d'une somme quelconque. Loin de la contester, il la créerait lui-même, si cela lui était possible. Les tiers ne pouvaient donc être liés par cette conduite.

Aussi ne le seront-ils que si l'assertion est vraie; c'est ce caractère dont le commanditaire devait se préoccuper et vérifier l'existence en se livrant à des recherches, à des investigations de nature à éclairer et à contrôler les déclarations du gérant.

Sans doute, observe M. Delangle, on ne saurait exiger d'un commanditaire, étranger quelquefois aux opérations commerciales, peu versé dans la tenue des livres, le dépouillement complet des écritures. Mais il est un livre destiné à constater la situation de la société, celui des inventaires. L'omission de sa vérification constituerait une grave imprudence, une faute lourde, excluant toute bonne foi.

231. Les commanditaires pourraient-ils se prévaloir de la fraude que le gérant aurait commise en fournissant, à l'appui de sa déclaration, des inventaires inexacts et mensongers? La négative ne nous paraît pas

contestable. En pareille occurrence, et lorsqu'il s'agit des conséquences de l'infidélité du gérant, il n'y a pas à hésiter entre les associés et les tiers; ceux-ci n'ont rien à se reprocher, pas même une participation quelconque dans l'institution du gérant. Les associés, au contraire, ont d'abord à s'imputer d'avoir confié leurs intérêts à un agent capable de les tromper; ils ont ensuite le tort de n'avoir pas opéré ou fait opérer des vérifications devant prouver les omissions et le mensonge de l'inventaire.

Il est, d'ailleurs, de principe que la fraude du mandataire ne saurait nuire ni profiter au mandant. Dans l'espèce, il n'a pas dépendu du gérant, en trompant ses associés, de leur conférer un droit irrévocable; ce droit n'est pas seulement subordonné à telle ou telle supposition, à une opinion fausse, ou seulement erronée; il n est acquis que par la certitude qu'au moment où il s'exerçait il existait un bénéfice.

232. En résumé donc le commanditaire n'est dispensé du rapport de ce qu'il a touché que par la preuve de sa bonne foi; celle-ci ne peut être invoquée et admise que si, au moment de la répartition, balance faite de l'actif et du passif, il existait dans le premier un excédant réalisé et disponible. Quelle que soit la forme adoptée, quelque qualification qu'elle ait reçue, la répartition n'a jamais pu entamer le capital. La certitude acquise que le dividende a été emprunté à celui-ci entraînerait l'obligation de le restituer, alors même que le gérant aurait trompé ses associés par des inventaires frauduleusement préparés.

Les conséquences du système contraire entraîneraient les plus odieuses déceptions pour les tiers. Le gérant pourrait toujours, en présentant des chiffres que la cupidité des commanditaires se garderait bien de contrôler, sacrifier l'intérêt des créanciers, soit à la coupable vanité de faire montre d'une habileté que les faits mieux connus démentiraient, soit au désir, plus coupable encore, de s'emparer, sous forme de bénéfices, du capital social [1].

233. Le privilége que nous reconnaissons au commanditaire de n'être pas tenu au rapport des intérêts ou bénéfices par lui perçus de bonne foi est fondé sur la nature des choses. Les uns et les autres, distribués à des époques périodiques convenues, entrant dans les dépenses, destinés à suffire aux besoins journaliers du réceptionnaire, sont présumés consommés, par cela seul qu'ils ont été perçus. C'est devant le fait accompli que la loi s'est principalement arrêtée.

Si la vérité contraire est acquise ; si, au lieu de les percevoir annuellement, l'associé les laisse accumuler en se contentant de les faire inscrire à son crédit, pourra-t-il, en cas de liquidation, les retirer avant le payement effectif des dettes sociales existant à cette époque? Pourra-t-il, en cas de faillite, se faire reconnaître créancier jusqu'à due concurrence, et admettre au passif en concours avec les créanciers sociaux?

234. L'affirmative a été consacrée, le 30 mars 1841, par arrêt de la Cour de Rouen. Cet arrêt considère

[1] Delangle, n. 358.

comme payés les intérêts portés au crédit du commanditaire, dont elle admet, dès lors, la créance comme ne pouvant être contestée par la masse [1].

M. Delangle trouve cette solution fort juridique. La stipulation d'intérêts, enseigne-t-il, est licite en elle-même, et doit être exécutée quand il y a des bénéfices réalisés; de même si, au lieu de recevoir les écus mis à sa disposition, l'associé les a mis dans la caisse sociale, et que son compte courant ait été crédité d'autant, il acquiert une créance certaine contre la société; sa condition est la même que si, après avoir retiré la somme à lui due, il l'avait prêtée à la société.

235. Résoudre ainsi la question, c'est violer les principes ordinaires, méconnaître le texte et l'esprit de la loi spéciale.

En effet, que le commanditaire ne puisse rien recevoir de sa mise avant le payement des dettes sociales, c'est ce qui n'est contesté par personne. Cette mise n'a pas d'autre destination que celle d'opérer le payement des dettes. Comment donc admettre que lorsque l'intégralité est impuissante à le réaliser en entier, le commanditaire puisse venir en concours avec les créanciers ordinaires, s'en faire attribuer une portion quelconque?

Il ne demandera, dit-on, que l'intérêt du capital! Mais cet intérêt n'est qu'un accessoire, et l'affectation grevant le principal grèvera également tous les accessoires, intérêts ou bénéfices. Rappelons-nous ces pa-

[1] J. D. P., t. I, 1841, p. 473.

roles de Straecha : *Idem juris est in eo quod accrevit, quod et in sorte est.*

Voilà le droit commun, et si on avait dû obéir à ses inspirations, il n'est pas douteux que l'obligation du commanditaire de rapporter tout ce qu'il a reçu était une conséquence forcée; mais, par des motifs bien entendus, le législateur a cru, dans cette circonstance, devoir tolérer ou créer une exception; sa volonté doit être respectée. Mais il en sera de cette exception comme de toutes les autres; son application devra être restreinte dans les conditions rigoureuses qui lui sont tracées.

Dans l'espèce, cette condition est que le commanditaire ait réellement perçu, soit les intérêts, soit les bénéfices. C'est cette perception qui, les faisant réputer consommés, les met à l'abri de toutes recherches ultérieures; c'est, comme nous venons de le dire, le fait accompli que la loi a voulu définitivement accepter.

Mais le commanditaire autorisé à retenir n'a pas, par cela même, le droit de prendre ce qu'il n'a pas voulu recevoir, ce qu'il n'a pas reçu. Alors l'accessoire est resté uni et incorporé au principal, et le principe de droit ordinaire reprend son empire. En d'autres termes, comme le disait M. Troplong, les créanciers n'ont pas dû s'attendre à trouver les intérêts et les bénéfices capitalisés avec la mise, et ils n'ont pas à se plaindre de la division qu'on a faite entre le principal et les accessoires. Mais si cette capitalisation existe par le fait même du commanditaire, comment les empê-

cherait-on d'en profiter? En vertu de quelle loi les contraindrait-on à payer, comme intérêt ou bénéfice, une part quelconque d'une mise dont l'intégralité ne suffira pas à les exonérer de la perte qu'ils éprouvent?

Ainsi, le commanditaire est libre de percevoir les dividendes qui sont périodiquement distribués. Cette réception réalisée, il ne peut être actionné en restitution que s'il n'a pas été de bonne foi. Mais s'il s'abstient de toucher réellement ce qui lui reviendrait, s'il ne les a pas consommés, il a volontairement répudié un droit qu'il pouvait exercer, et qu'il a perdu par sa faute. La perte, succédant au bénéfice, ne lui permet plus de rien prétendre jusqu'après payement de toutes les dettes.

Vainement objecte-t-on qu'en consentant à être crédité de sa part et portion, l'associé a acquis une créance certaine; qu'il est dans la même situation que si, après l'avoir retirée, il l'eût prêtée à la société. Nous répondons que l'associé ne peut, à raison de sa mise, être considéré comme un prêteur ordinaire. En fait, il ne prête rien; il se contente de ne pas recevoir. Comment donc pourrait-il, en cet état, revendiquer un privilége que la loi ne défère qu'à celui qui a réellement touché, et qui est présumé, par cela même, avoir consommé?

On ne peut donc assimiler l'associé à un créancier ordinaire, lorsque les sommes qu'il réclame proviennent uniquement de sa mise, et ne sont dues qu'à raison de celle-ci. L'affectation spéciale de celle-ci s'étend à tout ce qu'elle a produit, en tant cependant que ce

produit existe encore au moment où la perte se réalisant, l'affectation doit sortir à effet vis-à-vis des créanciers.

C'est ce que nous avons vu la Cour d'Angers décider, par son arrêt du 18 février 1843. Dans cette espèce, l'associé commanditaire avait été annuellement crédité des intérêts et des bénéfices; il les avait retirés en bloc avec sa mise, au moment de la dissolution de la société. Mais, actionné par les créanciers non payés, il fut condamné à restituer non-seulement sa mise, mais encore les intérêts et les bénéfices accumulés, attendu qu'ayant consenti à les réunir à celle-ci, il ne pouvait plus les retirer qu'après payement de toutes les dettes [1].

Cet arrêt est plus juridique que celui de la Cour de Rouen ; il est, nous venons de le démontrer, plus conforme à l'esprit et au texte de la loi ; il doit donc être préféré.

236. Le gérant a, sans contredit, la faculté de poursuivre, par toutes les voies de droit, l'associé refusant ou retardant le payement de sa mise. Ce droit lui est même exclusif pendant la durée de la société, en ce sens que les créanciers qui voudraient l'exercer, en cas de négligence ou de mauvaise volonté de sa part, ne pourraient le faire qu'en son nom, et comme exerçant ses actions aux termes de l'art. 1166 C. Nap.

De là cette conséquence que l'associé poursuivi pourrait opposer aux créanciers toutes les exceptions qu'il pourrait faire valoir contre le gérant.

[1] J. D. P., t. II, 1843, p. 166.

Digitized by Google

Mais cette règle ne peut s'entendre que des exceptions opposables au gérant en cette qualité, et non de celles qui s'adresseraient à sa personne privée; telles, par exemple, qu'une compensation de la mise avec la dette personnelle du gérant; l'arrangement particulier sur la qualité d'associé, la contre-lettre que le gérant aurait souscrite.

Nous avons déjà dit que, dans des actes de cette nature, le gérant n'engage pas, ne peut pas engager la société, parce qu'il n'a aucun pouvoir de les consentir en son nom, de les rendre obligatoires pour elle. On ne pourrait les opposer au gérant lui-même agissant en sa qualité; à plus forte raison ne saurait-on les faire valoir contre les créanciers procédant en vertu de l'article 1166, comme substitués au gérant [1].

Les difficultés entre l'associé et le gérant, ou les créanciers exerçant ses droits, relativement à la mise, constitueraient un litige social; elles devraient donc être déférées à la juridiction arbitrale.

237. Après la faillite de la société, les syndics représentant le gérant peuvent, comme celui-ci le pouvait pendant la durée de la société, poursuivre le payement des mises non encore effectué. Mais les syndics représentent également les créanciers. Sont-ils recevables en cette qualité à attaquer directement les associés commanditaires?

Un fort remarquable mémoire versé par M. Creps, professeur distingué de droit commercial à la Faculté

[1] Lyon, 31 janvier 1840. J. D. P., t. II, 1840, p. 18.

d'Aix, dans l'affaire des commanditaires Loubon, a soutenu la négative. Ecrivant dans le même procès, nous avons enseigné le contraire. C'est dans ce sens que se sont prononcées les Cours de Grenoble et d'Aix, en consacrant l'action directe [1].

Ces arrêts furent déférés à la Cour de cassation; tout ce qu'il était possible de dire à l'appui du pourvoi fut exposé avec une rare méthode et avec beaucoup de talent, par l'honorable Me Fabre, chargé de le soutenir; mais, malgré son habile plaidoirie, la Cour de cassation, après un délibéré de sept heures, rejeta les pourvois [2].

Dans l'intervalle, deux éminents jurisconsultes avaient pris part à la controverse que la question avait fait naître; chacun d'eux soutenait une opinion contraire. M. Troplong admettait l'action directe; M. Delangle la déniait.

238. Nous n'avons pas à rentrer dans les détails des arguments que nous avons si longuement exposés, dans notre commentaire de l'art. 484 de la loi de 1838, sur les faillites. Nous nous bornerons à répondre à celui tiré de la différence du texte de l'art. 8, de l'ordonnance de 1673, et celui des articles 23 et 26 du C. de com.

Cette différence, dit M. Delangle, est tellement décisive, que Merlin, qui avait sous l'ordonnance professé l'action directe, n'a pas hésité à abandonner cette opinion sous l'empire du Code. C'est ce qu'il a formellement

[1] Voir notre *Comment. sur les faillites*, art. 484, n. 372.
[2] Cass., 28 février 1844. D. P., 44, 1, 145.

déclaré dans son adhésion à la consultation en faveur de M. Perregaux.

En effet, l'art. 8 de l'ordonnance disposait que les commanditaires étaient obligés aux dettes, tandis que l'art. 23 les qualifie de simples bailleurs de fonds, et que l'art. 26 les reconnaît seulement passibles des pertes, jusqu'à concurrence de leur mise.

Que le commanditaire soit aujourd'hui un véritable associé, c'est ce dont il n'est pas permis de douter, en présence des modifications que le Code a fait subir à la commandite ; en présence de la nécessité d'une raison sociale, de l'obligation de publier la société ; en présence enfin, du texte de l'art. 26 lui-même, le déclarant tel.

Oui, une différence existe dans les textes, et cet art. 26 a répudié la locution employée par l'art. 8 de l'ordonnance ; oui, cette différence doit en entraîner une dans les effets. Mais cela ne peut se réaliser que dans la forme, car la différence des textes est plutôt dans la forme qu'au fond. En effet, en déclarant les commanditaires obligés aux dettes, l'ordonnance les déclarait tenus envers les créanciers. N'est-ce pas une conséquence identique, qui résulte de l'art. 26, C. com. Envers qui peut-on être passible d'une perte, si ce n'est à l'endroit du créancier perdant ?

Maintenant quelle était dans l'application la déduction logique de l'art. 8 de l'ordonnance ? Le commanditaire étant obligé aux dettes, il suffisait qu'il en existât une quelconque pour que le créancier pût intervenir et poursuivre directement le payement de ce qui

lui était dû, non-seulement contre le gérant, mais encore contre le commanditaire lui-même. C'est ce que la Cour d'Aix a expressément consacré par arrêt du 10 mars 1820.

Le législateur nouveau, précisément parce qu'il organisait plus énergiquement la commandite, a compris qu'une pareille faculté était une véritable pierre d'achoppement, une source de difficultés, d'embarras pour la gestion elle-même. L'être moral étant plus fortement établi, on ne pouvait sans inconséquence, tant que son existence était certaine, permettre de rechercher tout autre que celui qui, préposé à sa direction, en avait exclusivement les actions, tant passives qu'actives. Le créancier social n'était pas celui de tel ou tel membre de la société, il était celui de l'être moral, et il était juste qu'il ne pût s'adresser qu'à celui qui en était la personnification.

Voilà ce qui résulte de l'art. 26 ; désormais les tiers ne pourront agir directement que dans l'hypothèse d'une perte certaine et incontestable ; or, l'existence de dettes plus ou moins considérables ne créera jamais cette hypothèse ; les dettes ne constituent qu'un passif. Il n'est pas un commerçant, même des plus solvables, qui n'ait le sien à côté de son actif, et il n'est pas en perte pour cela.

Mais la déclaration de faillite modifie cet état des choses, alors le passif est évidemment une perte, et dès lors, en poursuivant les commanditaires, les tiers s'adressent à leurs véritables débiteurs, à ceux que la loi déclare passibles envers eux.

Ainsi toute la différence résultant de la locution consacrée est celle-ci : sous l'empire de l'ordonnance l'existence d'une dette donnait au créancier le droit d'actionner le commanditaire, alors même que la société était encore debout et faisait face à ses affaires. Sous le Code, ce droit est subordonné à la certitude de la perte, et comme cette certitude est la conséquence invincible d'une faillite, la constatation judiciaire de celle-ci rend l'exercice de ce droit réellement incontestable.

C'est à tort qu'on prétend que notre opinion prête à la faillite un effet qu'elle ne saurait produire. L'action directe ne naît pas de celle-ci, elle existe au moment de l'obligation et avec l'obligation elle-même, mais son exercice est suspendu pendant que la société existe et fonctionne régulièrement. Pourquoi attaquer le commanditaire si le gérant peut satisfaire les créanciers? et il doit être en position de le faire, sous peine de faillir; la faillite ne crée donc pas le droit, elle donne seulement ouverture à son exercice.

Nous ne voyons pas en quoi l'art. 38 que M. Delangle invoque pourrait modifier ce résultat. Sans doute le nom du porteur actuel de l'action peut être inconnu, mais le premier qui l'est devenu est responsable aux yeux des tiers : c'est donc lui qu'on attaquera et qui sera tenu de payer ou d'indiquer celui à qui il a négocié son action; on arrivera par ce moyen au porteur actuel, qui sera forcé de remplir ses engagements.

Enfin, M. Delangle invoquait encore, comme pré-

jugé contre l'action directe des créanciers, un arrêt de la Cour de cassation du 14 juillet 1838 ; mais l'espèce sur laquelle cet arrêt était intervenu lui enlevait toute signification dans ce sens. Le syndic d'une faillite avait actionné un commanditaire devant arbitres. Sur l'appel de la sentence arbitrale, l'associé soutenait que le syndic ne pouvait l'actionner que par la voie directe, et demandait conséquemment la nullité de la poursuite pour incompétence des arbitres. L'arrêt qui intervint repoussa cette exception, et c'est cet arrêt que la Cour de cassation maintenait en 1838.

Il n'y a là aucun préjugé contre l'action directe. Le syndic ayant une double qualité a évidemment deux actions. Il est appelé à opter entre l'une ou l'autre; mais, cette option réalisée, le défendeur doit en subir les conséquences, et ne peut, sous aucun prétexte, le contraindre à agir autrement qu'il a jugé convenable de le faire.

Au reste, l'arrêt du 28 février 1844 aurait tranché la question en faveur de l'action directe, et cette jurisprudence paraît être universellement accueillie.

239. Les actes de société en commandite stipulent souvent que la mise sera payable par fractions à des époques déterminées, avec la condition que le refus ou le retard de faire face aux diverses échéances entraînera la déchéance avec perte de ce qui a déjà été payé. Cette clause est-elle opposable aux tiers? L'est-elle surtout après la faillite de la société?

Si l'on considère les conséquences que la solution affirmative entraînerait, on est tout de suite tenté de

la repousser. En effet, on ne pourrait ajouter aucune confiance à une commandite de ce genre, dont le capital serait purement nominal ; il s'évanouirait au gré de la volonté ou de l'intérêt des commanditaires. Chacun d'eux retarderait, autant que possible, le payement, certains qu'en cas de faillite ils ne pourraient être poursuivis, puisqu'il suffirait qu'ils déclarassent user du bénéfice de l'acte social.

La raison, l'intérêt public lui-même protestaient contre un pareil résultat. Aussi ne pourrait-on l'autoriser sans les méconnaître l'une et l'autre.

C'est ce que le tribunal de commerce de Lyon a parfaitement compris, dans une espèce où une clause de cette nature était opposée par l'associé aux tiers créanciers. Les motifs de cette remarquable décision se résument dans ceux-ci : une pareille stipulation n'est qu'une clause pénale exclusivement relative aux associés entre eux ; la société peut bien devenir propriétaire des versements faits par les associés, qui n'effectueraient pas les suivants, et dans les cas prévus ; mais à la charge par elle de faire elle-même les versements subséquents dans la caisse sociale, attendu qu'elle ne peut avoir le droit d'anéantir le gage des tiers, ni de libérer les associés de leurs engagements envers ceux-ci.

Dès lors, et puisque la société a à consulter sa convenance avant de faire sortir à effet la clause pénale, il est naturel qu'on ne saurait jamais la contraindre à exercer le droit qui lui appartient, et qu'elle doit rester libre de s'en prévaloir ou de demander l'exécution de

l'engagement primitivement souscrit. Il pourrait se faire qu'elle ne fût pas en mesure d'opérer elle-même ce versement; et, dans ce cas, on ne saurait, sans injustice, la placer dans la nécessité de le faire. Cette doctrine n'a rien de rigoureux ni en équité ni en droit, car elle repose sur cette idée juridique que nul ne saurait être admis à se prévaloir d'une clause pénale édictée contre lui.

Mais ce qui ne saurait soulever la moindre difficulté, c'est qu'une clause de cette nature ne saurait être opposée aux tiers, alors même qu'elle aurait été régulièment publiée. Admettre le contraire, disait la Cour de Lyon, en confirmant, le 31 janvier 1840, le jugement du tribunal de commerce dont nous venons de parler, ce serait tomber dans l'absurde, puisqu'il faudrait reconnaître que ceux des actionnaires qui, comme l'appelant, payèrent partiellement le capital de leur action pendant l'existence de la société, mais qui ne firent que des payements proportionnels beaucoup moindres que les siens, n'auraient aujourd'hui rien à y ajouter, malgré la faillite du gérant; ou, en d'autres termes, que le capital à fournir par chaque action soumissionnée, quoique fixé par les statuts sociaux, et devant être le même pour tous, aurait pu, après la faillite, être amoindri arbitrairement au gré de chaque actionnaire; tandis qu'il est manifeste, au contraire, que tous se trouvaient indistinctement obligés envers les créanciers de la société jusqu'à concurrence de l'entier capital des actions par eux soumissionnées [1].

[1] J. D. P., t. II, 1840, p. 18.

Un pareil effet n'aurait d'autre résultat que celui de fouler aux pieds la disposition de l'art. 26, et de substituer à l'obligation qu'elle prescrit une obligation abandonnée à l'arbitraire des associés commanditaires. La loi ne pouvait consacrer une pareille dérogation ; dès lors, et en admettant que telle serait la portée de cette clause, on doit reconnaître qu'elle doit être censée non écrite vis-à-vis des tiers ; qu'on ne saurait dans aucun cas en exciper contre eux, pour leur enlever le bénéfice que leur confère irrévocablement l'art. 26.

240. En résumé, donc, le montant de la mise doit être intégralement versé par chaque commanditaire, aucun d'eux ne peut répudier cette obligation ; tout ce qui aurait été fait dans ce sens est nul et non avenu envers les tiers, sauf le recours des associés entre eux.

Le versement de la mise ne peut, pendant la durée de la société, être poursuivi que par le gérant ou par les créanciers, comme exerçant ses droits en vertu de l'art. 1166 C. Nap.

Après la faillite, les syndics représentant les créanciers peuvent agir par l'action directe et s'adresser à la juridiction ordinaire.

241. Les commanditaires sont-ils contraignables par corps au versement de leur mise? L'affirmative a été consacrée par la Cour de cassation, dans son arrêt du 28 février 1844. La critique que M. Delangle fait de cette doctrine ne nous paraît reposer sur aucun fondement juridique.

Sans doute le commanditaire, s'il n'est pas commerçant, ne le devient pas par son accession à la

société, mais le non-commerçant est légalement contraignable par corps, pour les actes de commerce qu'il peut faire, par l'endossement d'une lettre de change, par exemple. Trouvera-t-on un acte plus essentiellement commercial que celui de signer une société commerciale?

On craint que la contrainte par corps n'éloigne les commanditaires. Mais comment prendre cette crainte au sérieux, en présence des résultats? Le commanditaire ne peut jamais rien perdre au delà de sa mise; il est absolument libéré par le versement qu'il en fait. Or, cette mise, c'est lui qui en détermine la quotité suivant sa convenance et ses ressources. Il est donc, au moment de l'engagement surtout, présumé en état de la verser; qu'il réalise ce versement, et il se met à l'abri de toute contrainte par corps. Celle-ci ne peut donc effrayer que ceux qui ne deviennent commanditaires qu'avec l'intention de ne pas tenir leurs engagements. Les écarter par la crainte de voir leur liberté compromise, c'est atteindre un résultat dont le public n'aura qu'à s'applaudir.

242. L'art. 27 est le complément de la pensée qui avait déjà dicté l'art. 25, la condition essentielle et absolue du privilége conféré par l'art. 26. Le commanditaire doit bien se garder de tout acte de nature à signaler sa personne à la confiance du public. S'il sort de la réserve qui lui est imposée; s'il gère les affaires sociales, fût-ce en vertu d'un pouvoir spécial, l'art. 28 le déclare tenu solidairement et indéfiniment.

Il est cependant des actes que l'intérêt des commanditaires exige si évidemment, qu'on n'aurait pu sans injustice, sans préjudice grave pour l'institution elle-même, leur interdire le droit de les accomplir. C'est à distinguer ceux-ci des actes de gestion que consiste la difficulté soulevée par l'art. 27, difficulté grave et sérieuse, puisque de sa solution dépendent l'honneur et la fortune des commanditaires.

Nous devons donc, pour en préparer la saine appréciation, exposer les diverses phases ayant précédé l'adoption définitive de l'art. 27.

243. Dans le projet primitif, cet article avait été rédigé en ces termes : « L'associé commanditaire ne peut concourir comme gérant aux achats, ventes, obligations et engagements concernant la société. »

Cette rédaction communiquée aux Cours et Tribunaux, aux Tribunaux, Chambres et Conseils de commerce, souleva une foule de réclamations et d'observations contradictoires. Ainsi, tandis que la Cour et le Conseil de commerce de Bruxelles demandaient qu'on étendît le cercle des prohibitions; tandis que la Cour de cassation voulait qu'on y comprît nommément l'interdiction, pour les commanditaires, d'assister aux assemblées et de prendre part aux délibérations ; les Tribunaux de commerce de Lyon, de Genève et de Toulouse sollicitaient la suppression de l'article; les Cours d'Orléans et de Douai, les Tribunaux de commerce de Clermont-Ferrand, du Havre, de Marseille et de Strasbourg, proposaient d'autoriser la gestion en vertu d'un mandat spécial.

L'art. 17 (aujourd'hui 27) disait notamment le Tribunal de Genève, entraîne des conséquences fâcheuses, en ce qu'elles priveraient les associés gérants des secours les plus naturels et les plus à leur portée. En cas de maladie, voyage et autres circonstances extraordinaires, par quelles personnes pourraient-ils se faire aider ou remplacer avec plus de confiance que par leurs associés en commandite? N'ont-ils pas tous un même intérêt au succès de la chose? Ne sont-ils pas censés avoir déjà une connaissance particulière de la nature des affaires? Les commanditaires ne sont-ils pas le plus souvent d'anciens chefs de maisons qui facilitent de cette manière l'établissement de leurs successeurs?

L'ensemble de ces observations signalait au législateur la position du commanditaire à un double point de vue: immixtion dans la gérance, droit d'assister aux réunions et d'y délibérer.

La première fut absolument et sévèrement proscrite, et en cela le législateur ne fit qu'obéir aux vœux de la majorité des Cours et Tribunaux ; le seul résultat qu'obtinrent les observations contraires fut de signaler la lacune que le projet laissait en ce qui concernait l'administration, en vertu d'un mandat spécial, lacune qu'a parfaitement remplie la rédaction définitive.

244. M. Fremery a vivement critiqué le parti auquel s'est arrêté le législateur. L'art. 27, dit-il, fait violence à la raison et consacre une injustice.

Sans doute, et en thèse ordinaire agir sous le nom

d'autrui, et en qualité de mandataire, ce n'est pas appeler la confiance sur sa propre personne, et on ne saurait faire raisonnablement réfléchir sur le mandataire les conséquences des actes faits au nom et pour le compte du mandant. La prohibition qui est faite au commanditaire n'a pas son fondement dans la négation de cette règle, que le législateur n'a jamais entendu méconnaître ou violer.

Ce que la loi a voulu prévenir c'est que, sous prétexte d'une procuration, dont l'existence aurait été une des conditions tacites du contrat, le commanditaire devînt le gérant unique de la société, son administrateur réel, en se couvrant du nom du gérant nominal comme d'un plastron, pour échapper aux conséquences d'un revers qu'il aurait préparé et déterminé. Voilà ce que M. Fremery devait d'autant moins oublier, que les précautions du législateur à cet égard étaient loin d'être chimériques, et que la fraude qu'elles avaient pour objet de prévenir lui était énergiquement signalée de toute part. Voici en effet comment la majorité des Cours et Tribunaux considérait le principe consacré par l'art. 27 :

« Cet article est destiné à mettre un frein à ces associations qui n'ont aucun caractère, à ces entreprises de spéculations, régies sous le nom d'un valet, dont on a si étrangement abusé.

« Combien n'a-t-on pas vu, pendant le cours de la révolution, de ces compagnies dont les intéressés, alternativement commanditaires et gérants, n'étaient connus que lorsqu'il y avait des profits à partager, et

n'étaient plus associés quand il y avait des créanciers à payer?

« Combien n'a-t-on pas vu de ces faillites de spéculation, qui ne déshonoraient qu'un nom obscur et équivoque, tandis que les véritables débiteurs se jouaient de leurs créanciers au moyen de cette sorte d'association incertaine, qui leur permettait de prendre et de quitter leur responsabilité?

« En fixant les droits et les devoirs des commanditaires, en déclarant qu'ils ne peuvent gérer ni administrer pour le compte de la société, on a déterminé leur véritable caractère. En effet, si on ne maintient pas cette disposition, quelque sévère qu'elle paraisse, les associés commanditaires pourraient abuser de leur qualité, sans s'exposer aux moindres dangers; cette espèce de société deviendrait un moyen de fraude: nous allons le prouver par un exemple.

« En admettant qu'un commanditaire puisse gérer et administrer, même en vertu d'une procuration, sans perdre son caractère, celui qui voudra en abuser en trouvera facilement les moyens.

« Il versera 20,000 fr. dans la société en commandite; il ne peut être garant d'une plus forte somme, et il n'est solidaire que jusqu'à concurrence.

« Il gère le commerce; il achète et vend pour le compte de la société; ses entreprises sont d'autant plus hardies, d'autant plus hasardeuses, qu'en cas de faillite sa fortune et sa réputation ne seront pas compromises. Aussi, que lui importent les hasards et les chances du commerce? Ils sont tous pour lui, il les brave

tous; s'il réussit, il en partage les profits; s'il échoue, il ne perdra que sa mise de fonds, et se croira quitte envers les créanciers, même envers l'honneur [1]. »

Voilà ce que l'usage regretté par M. Frémery avait produit dans le passé; voilà ce qu'il promettait d'être dans l'avenir. C'est pour y avoir remédié qu'on blâmerait le législateur, qu'on l'accuserait d'avoir fait violence à la raison et à la loi? Heureuse détermination, dirions-nous dans tous les cas, car son résultat ne peut que produire un bien immense. Heureuse détermination, disons-nous, car, loin d'être la négation d'un principe certain, elle n'a été inspirée qu'à titre d'exception à ce principe, et dans le but louable de réprimer une fraude dangereuse. Ajoutons que les espérances qu'on avait fondées sur la disposition de l'art. 27 se sont, en très-grande partie, réalisées. On ne peut donc qu'applaudir au courage que le législateur a eu à le sanctionner, et à la persévérance qu'il a mise à le maintenir.

245. L'inaction des commanditaires, dans les rapports de la société avec les tiers, a donc prévalu; mais cette inaction devait-elle aller, comme le voulait la Cour de cassation, jusqu'à les exclure des assemblées et à les priver du droit de délibérer? Devait-on considérer comme immixtion, même les mesures de surveillance qui, se bornant à l'intérieur, ne pouvaient jamais faire illusion aux tiers?

L'affirmative eût été réellement contraire à la raison

[1] *Analyse des observations des tribunaux*, p. 22 et 23.

Digitized by Google

et au droit. Elle devait, en effet, faire aux commanditaires, à la société elle-même, une position dangereuse et fausse.

Quoi ! à très-juste titre, vous rendez les commanditaires responsables de l'abus que le gérant fera de sa mission, du dol et de la fraude qu'il commettra, notamment en matière de répartition des bénéfices, et vous leur interdiriez tout moyen de s'éclairer, de se soustraire à une administration abusive; vous les condamneriez à ne pas même contrôler la fidélité du gérant!

Quoi! la société peut être contrainte, sous peine de périr, de faire un nouvel appel de fonds, de contracter un emprunt hypothécaire, d'aliéner un de ses immeubles, et l'incapacité du gérant serait un obstacle invincible! Et les commanditaires ne pourraient être ni consultés, ni mis en mesure d'autoriser cet acte indispensable, et en sauvant la société, de sauver les mises qu'ils ont déjà versées!

Comment la conduite contraire pourrait-elle tromper le public? L'acte d'autorisation, la délibération, n'indiqueront-ils pas la qualité des associés, et le tiers qui traitera avec le gérant pourra-t-il équivoquer?

Ces considérations sont graves et décisives; cependant elles avaient été méconnues au Conseil d'Etat. La haine de la fraude avait prévalu sur la raison elle-même. Le droit d'assister aux assemblées et de délibérer avait été refusé aux commanditaires; mais le Tribunat émit l'opinion contraire. Un des droits du commanditaire, disaient les sections réunies, est de

participer aux délibérations générales de la société, et ces délibérations ont souvent pour objet ou d'en approuver les opérations, ou d'en autoriser les engagements; de sorte que, sous ce rapport, le commanditaire y concourt, et doit y concourir au moins par son consentement [1]. Cette opinion, adoptée par le Conseil d'Etat, détermina la rédaction de l'article 27, telle qu'elle se trouve dans le Code.

246. La loi ne prohibe donc pas toute espèce de concours. Comme intéressés à l'avenir de la société, les commanditaires ont le droit de surveiller la gestion, de faire entendre des conseils, d'émettre des vœux, d'autoriser ou d'approuver les actes que le gérant ne pourrait accomplir par lui-même. Mais, dans ces limites mêmes, la question de savoir si ces droits ont été ou non excédés peut offrir des difficultés sérieuses et réelles.

En général, c'est surtout dans les rapports des commanditaires avec les tiers que consistent les actes d'immixtion. Dans cette hypothèse, l'objet, la nature, le caractère de ces rapports devient un élément précieux de décision. Mais l'immixtion peut également résulter de la part que les commanditaires se sont réservée ou ont prise à l'administration intérieure; et il n'est pas toujours facile de fixer nettement le caractère de la réserve ou du fait.

La loi ne pouvait donc que s'en référer à l'arbitrage des tribunaux. Elle leur laisse le droit de déterminer

[1] Locré, *Esprit du Code de comm.*, art. 27.

souverainement la nature du fait ou de l'acte, et les conséquences qu'il doit entraîner.

247. Or, il est facile de se convaincre que, dans la recherche dont elle est ainsi chargée, la jurisprudence s'est conformée à cette règle tracée par la Cour de cassation, à savoir : que l'immixtion peut résulter des actes de gestion même non autorisés, mais qu'elle ne saurait être constituée par les mesures de surveillance, autorisées ou non par l'acte social, règle qui a reçu l'assentiment de la doctrine [1].

Ainsi, un arrêt de la Cour de Colmar, du 4 février 1819, décide que la réserve du droit de prendre part aux délibérations, d'inspecter les livres, ateliers et magasins de la société, et d'avoir un commis de son choix dans l'établissement social, n'est pas incompatible avec la simple qualité de commanditaire.

Ainsi encore la Cour de Bordeaux jugeait, le 29 août 1838, que l'associé commanditaire peut, sans s'exposer à perdre sa qualité, surveiller la conduite de l'associé gérant, vérifier l'emploi des fonds sociaux, et s'assurer de la bonne fabrication des marchandises, surtout si la surveillance ne se manifeste pas par des actes extérieurs propres à induire en erreur les tiers appelés à traiter avec la société [2].

Mais ce droit de surveillance ne saurait dégénérer en participation à la gestion. Ainsi, les membres d'une

[1] Pardessus, n. 1034 et suiv. Troplong, *des Sociétés*, n. 427. Delangle, art. 27.

[2] J. D. P., t. I, 1839, p. 215. Voir Cass., 25 juin 1846. *Ibid.*, t. II, 1846, p. 484.

société, qualifiée en commandite, qui se seraient réservé le pouvoir de concourir individuellement à son administration, ou qui se seraient chargés de l'administration intérieure, ou de celle de la caisse, de l'inspection des livres et de la partie commerciale de la manufacture; et auraient, en outre, stipulé que les associés se surveilleront réciproquement, et ne feront rien que du consentement de tous, seraient, à l'égard des tiers, de véritables associés solidaires. Les mêmes actes, quoique non réservés dans l'acte social, entraîneraient la même conséquence contre le commanditaire qui se les serait permis [1].

248. Ce qui, dans ces hypothèses, est surtout incompatible avec la qualité de commanditaire est le droit de consentir chaque opération. La nécessité de n'agir que du consentement de tous investit les commanditaires de la gestion et les appelle à une participation directe et effective. Le gérant n'est plus que l'exécuteur passif de la volonté des commanditaires, qui deviennent ainsi les seuls gérants.

Vainement donc exciperait-on du droit d'assister aux assemblées et de participer aux délibérations; ce que le Tribunat revendiquait pour les commanditaires n'est pas et ne pouvait pas être la faculté de peser sur la gestion, d'en permettre ou d'en prohiber les actes divers et successifs; ce qu'il voulait, c'est qu'ils pussent être consultés dans les cas extraordinaires, émettre leur avis, exprimer leurs vœux, donner même

[1] Cass., 27 floréal an XIII, 16 germinal an XI. Paris, 16 mai 1808.

des conseils, sauf le droit du gérant à agir comme il le jugerait convenable. C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation, en jugeant que l'approbation donnée par les commanditaires aux actes de gestion du gérant, et les délibérations par eux prises dans le but d'éclairer cette gestion, et spécialement d'exprimer des vœux sur certains actes (emprunts ou autres), ne peuvent être considérées comme des actes d'immixtion, alors d'ailleurs que ces délibérations, qui n'étaient pas légalement obligatoires pour le gérant, ont été purement intérieures, et n'ont été accompagnées d'aucun acte extérieur qui ait mis les commanditaires en contact avec les tiers et ait pu tromper ceux-ci sur leur véritable qualité [1].

Telles sont les limites rationnelles dans lesquelles doit être circonscrit le droit d'assister aux assemblées et de prendre part aux délibérations; confondre ce droit avec celui d'être consulté sur chaque opération, subordonner celle-ci au consentement formel des commanditaires; c'est en réalité leur conférer la gérance et les constituer dès lors associés solidaires.

249. La Cour de cassation considère les délibérations prises par les commanditaires comme non légalement obligatoires pour le gérant. Cette absence d'obligation ne peut évidemment s'entendre que de celui-ci à ses associés, car elle n'a jamais pu être mise en doute pour ce qui concerne les tiers.

M. Pardessus enseigne le contraire. Il pense que les

[1] Cass., 23 mars 1846. *Ibid.*, t. II, 1846, p. 482.

délibérations engagent la responsabilité du gérant vis-à-vis des commanditaires. M. Troplong, qui adopte cette opinion, considère leur violation comme donnant lieu, soit à une adjudication de dommages-intérêts, soit à une poursuite en destitution contre le gérant.

250. Le système de la Cour de cassation nous paraît plus rationnel et plus légal, et surtout plus conforme à l'esprit du Code. Le gérant est seul responsable, seul indéfiniment tenu des conséquences de la gestion. Le péril auquel il est exposé est un gage de la prudence qu'il mettra dans les opérations qu'il est chargé d'entreprendre et d'exécuter.

Concevrait-on, dès lors, que les commanditaires pussent lui dicter la conduite qu'il doit tenir, enchaîner sa liberté, violer son indépendance? Mais alors ce seraient les commanditaires qui administreraient, et le gérant ne serait plus qu'un instrument dans leurs mains. Alors on verrait reparaître ces associations dirigées par un valet, et se renouveler cette fraude qu'on a voulu proscrire, en prohibant la faculté de gérer même en vertu d'un mandat spécial.

Dans l'opinion de MM. Pardessus et Troplong, les commanditaires ne surveillent plus, ils agissent. Ce ne sont plus des vœux ou des conseils qu'ils émettent ou qu'ils donnent, ce sont des ordres qu'ils dictent. Est-ce là, nous le demandons, une faculté qu'on ait voulu leur reconnaître?

Comment d'ailleurs concilier ces ordres avec la position que la loi leur fait? Ils sont étrangers au com-

merce, ils ne peuvent s'immiscer dans les opérations. Seront-ils à même d'apprécier mieux que le gérant ce qui est plus convenable et plus utile ?

Comment enfin forcer le gérant, sous peine de dommages-intérêts et de destitution, à exécuter des opérations qu'il désapprouve ? Comment enfin le contraindre à courir des chances qu'il trouve trop hasardeuses. Les choses ne sont pas égales : les commanditaires ne perdront jamais que leur mise, le gérant expose sa fortune et son honneur. Cette différence est trop importante, trop décisive, pour qu'elle ne mérite pas une sérieuse considération.

Les conséquences logiques, le législateur les a lui-même déduites. Au gérant la direction supérieure et exclusive des affaires ; aux commanditaires la faculté de donner des conseils, d'émettre des vœux. Or, refuser de se rendre aux uns comme aux autres n'a jamais pu constituer un acte punissable aux yeux de la loi. En se conduisant ainsi, le gérant ne fait qu'user de la prérogative qu'on ne saurait lui contester en présence du texte et de l'esprit de notre législation.

251. Des circonstances extraordinaires, la démission ou la mort du gérant, la dissolution et la liquidation de la société peuvent agrandir le cercle des attributions des commanditaires, et les appeler à prendre, en quelque sorte, une part plus active à la direction des affaires. Les mesures auxquelles ils peuvent concourir dans ces diverses hypothèses ne sauraient constituer l'immixtion.

Ainsi il a été jugé :

Que la délibération ayant pour objet d'accepter la démission du gérant, et d'investir le collègue de celui-ci du droit de gérer seul, ne constitue pas, de la part des commanditaires qui y ont concouru avec les directeurs et les créanciers de la société, un acte d'immixtion qui leur fasse encourir la responsabilité de l'article 28. Cette délibération, destinée à régler les conditions de l'existence de l'entreprise, ne porte aucune atteinte aux droits des tiers [1];

Que lorsque le gérant unique d'une société a donné sa démission, les commanditaires peuvent nommer des commissaires, ou un gérant provisoire, pour régler les comptes du démissionnaire, et administrer provisoirement les fonds sociaux, sans être réputés avoir fait un acte d'immixtion qui les rende solidairement responsables, alors même que le gérant provisoire aurait fait une transaction avec un fournisseur de la société, dans le but d'éviter à celle-ci une perte plus considérable [2];

Que lorsque, à la suite de la liquidation d'une société, prononcée en assemblée générale, des commanditaires, nommés, dans l'intérêt commun, liquidateurs, avec mandat de continuer certaines opérations, ont agi constamment en cette qualité et de bonne foi, et qu'en outre leur qualité de liquidateurs était ou devait être notoirement connue de ceux avec qui ils ont traité, une Cour d'appel a pu ne pas déclarer ces com-

[1] Paris, 5 mai 1841. J. D. P., t. I, 1841, p. 699.

[2] Cass., 22 décembre 1845. *Ibid.*, t. I, 1846, p. 305. Voir Paris, 23 février 1829 et Cass., 26 décembre 1842. *Ibid.*, t. I, 1843, p. 628.

manditaires solidairement responsables par suite d'immixtion dans la gestion [1].

252. En résumé, les commanditaires ne peuvent s'immiscer directement ou indirectement dans la gestion des affaires sociales, mais ils ont le droit d'assister et de délibérer dans les assemblées générales; d'entendre et d'approuver le compte des opérations du gérant; de se réserver ou d'exercer tous moyens de surveillance; d'autoriser un appel de fonds, une émission nouvelle d'actions, un emprunt hypothécaire ou la vente de l'immeuble social; d'accepter la démission du gérant; de pourvoir à son remplacement, même provisoire. Aucun de ces actes ne constituerait l'immixtion prévue et punie par l'art 28, pourvu toutefois qu'à leur occasion le commanditaire n'ait pas directement traité avec les tiers, et ne leur ait ainsi inspiré une opinion trompeuse sur sa qualité.

253. Les articles 27 et 28 avaient inspiré un doute assez grave sur les rapports que les commanditaires pouvaient avoir avec la société. Le conseil d'Etat crut devoir se prononcer, et par décision du 29 avril 1809, approuvée le 17 mai et insérée au *Bulletin des lois,* il décida que les art. 27 et 28 étaient inapplicables aux relations que chaque commanditaire aurait en son nom propre avec la société; qu'ils ne se rapportaient qu'aux actes que l'associé ferait en représentant, comme gérant, la maison commanditée, même par procuration.

[1] Cass., 17 avril 1843. *Ibid.*, t. II, 1843, p. 253.

Cette interprétation laissait encore un doute à l'endroit du commissionnaire. Celui-ci, en effet, est un véritable mandataire; les achats et ventes qu'il opère pour la société sont bien des actes de gestion. Fallait-il donc prohiber au commissionnaire l'exercice de sa profession vis-à-vis de la maison qu'il a commanditée?

On a, avec juste raison, adopté la négative ; elle s'induisait naturellement des termes mêmes de l'avis du Conseil d'Etat. Que le commissionnaire représente celui sur l'ordre duquel il agit, c'est ce qui est incontestable de l'un à l'autre; c'est ce qu'on ne peut admettre relativement aux tiers. En effet, pour ce qui les concerne, le commissionnaire agit en son propre et privé nom. Il n'est pas tenu de faire connaître son mandant, contre lequel les tiers n'acquièrent aucun droit direct. Comment donc pourraient-ils prétendre avoir été induits en erreur? Dans quel objet d'ailleurs le feraient-ils? Est-ce que le commissionnaire n'est pas déjà engagé envers eux? Il est leur seul débiteur.

Mais il est évident que si le commissionnaire n'avait pas agi en cette qualité; si, au lieu de traiter en son nom, il l'avait fait comme mandataire, en vertu d'une procuration, il deviendrait un véritable préposé, et, comme tel, passible de la peine réservée à l'immixtion; car il aurait formellement contrevenu à la disposition de l'art. 27 C. comm.

254. Que doit-on décider des facteurs et commis? M. Pardessus et M. Delangle soutiennent que ces emplois ne peuvent être remplis par des commanditaires,

Digitized by Google

sous peine d'immixtion. Le contraire est enseigné en ces termes par M. Troplong :

« Sans aucun doute, il y aurait immixtion de la part du commanditaire qui, dans une société d'assurances, exercerait les fonctions d'agent dans un port; il y aurait immixtion de la part du commanditaire qui, dans une société de messageries, serait le préposé, le représentant de la société dans une ville. Ceux-là, en effet, font acte de gestion ; ils remplacent le gérant, ils traitent avec les tiers, ils s'emploient à augmenter le crédit de la société par leurs recommandations, par leur travail extérieur. Mais le commis inconnu qui tient les écritures, mais l'agent occupé loin des tiers d'une manière quelconque, mais l'auxiliaire préposé à des fonctions qui ne sont pas et ne peuvent pas être celles du gérant ! Tous ceux-là ne s'immiscent pas ; on ne peut pas dire qu'ils soient employés à ces affaires de la société dont le maniement constitue la gestion sociale [1]. »

L'opinion de M. Troplong paraît plus équitable et plus rationnelle ; elle répond mieux à la vérité des choses. Est-il venu jamais à la pensée de personne de prétendre qu'on a ajouté foi à la solvabilité du commis venant encaisser les fonds de la maison, ou du facteur portant le bagage des voyageurs de leur domicile au bureau, ou du bureau à leur domicile ; enfin, du conducteur chargé de surveiller le voyage d'un lieu à un autre ? Comment donc les considérer comme associés

[1] Pardessus, n. 1030; Delangle, n. 398 et suiv. ; Troplong, n. 436.

solidaires, si, cédant à une nécessité qui leur est imposée, ils ont dû, à titre de cautionnement, prendre la qualité de commanditaire?

Les tentatives faites dans ce sens jusqu'à ce jour n'ont pas été heureuses. La justice les a constamment repoussées. Ainsi, la Cour de Paris a jugé, le 5 mai 1841, qu'on ne doit pas considérer comme faisant acte d'immixtion dans la gérance les agents préposés, dans chaque département, au placement des marchandises sociales, et qui sont devenus commanditaires en souscrivant des actions à titre de cautionnement. La même règle était consacrée par la Cour de cassation, le 15 mars 1847, en ces termes: Les art. 27 et 28 C. comm., qui interdisent aux associés commanditaires de faire aucun acte de gestion, sous peine d'être obligés solidairement, ne s'appliquent qu'aux actes qu'un associé aurait fait comme gérant représentant la maison commanditée, ou dont il résulterait la preuve qu'il s'attribuait cette qualité; ils ne s'étendent pas à l'associé qui n'a agi ni de son chef ni comme représentant la société, mais comme commis du gérant, et qui a fait connaître cette qualité à tous ceux avec lesquels il a traité[1].

Mais, dit M. Delangle, il peut se faire que le commis ait une véritable intelligence des affaires, que par son habileté il attire à lui la gestion entière, ou qu'au moins il obtienne une large part d'influence! Qu'importe? dirons-nous avec les arrêts précédents, pourvu que cette influence se soit renfermée soigneusement dans

[1] J. D. P., t. I, 1841, p. 699; t. I, 1847, p. 674.

l'intérieur, et qu'à l'endroit des tiers le commis ne soit jamais sorti de sa position.

D'ailleurs, il en est du commis comme de tout autre commanditaire. La preuve qu'il aurait agi comme gérant, ou qu'il se serait attribué cette qualité, le ferait déclarer associé solidaire et indéfiniment tenu. La réalisation de l'hypothèse que redoute M. Delangle ne resterait donc pas impunie. Les créanciers intéressés sont toujours admissibles à discuter la nature des actes, et à établir qu'en fait le commis a excédé ses fonctions. C'est ce qui serait incontestablement admis pour celui qui, ayant reçu l'autorisation de disposer de la signature sociale, s'en serait servi dans ses rapports avec les tiers.

255. Ce qui résulte bien évidemment de l'avis du Conseil d'Etat du 29 avril 1809, c'est que les transactions et opérations commerciales que le commanditaire ferait, en son nom et pour son compte, avec la maison commanditée, ne constitueraient jamais des actes d'immixtion. L'être moral que constitue la société est un commerçant ordinaire, avec lequel chacun est libre de traiter, comme il le ferait avec tout autre commerçant.

Ainsi, le commanditaire peut acheter de la société ou lui vendre les marchandises de son commerce; lui consentir des avances ou en recevoir; correspondre avec la société, encaisser sur place les billets qu'on lui envoie ou lui transmettre les valeurs dont il dispose; avoir enfin avec elle un compte courant pour toutes opérations.

256. Mais le résultat de celles-ci reste distinct de l'obligation qu'il a contractée de payer sa mise. En conséquence, dans le cas de faillite de la société, il ne pourrait compenser le crédit de son compte courant avec ce qu'il devrait encore de cette mise. C'est au public que celle-ci est due. La compensation que ce commanditaire voudrait établir la détournerait de la destination qui lui est affectée. Elle lui profiterait exclusivement, en diminuant d'autant la perte qu'il est appelé à subir. La masse des créanciers serait ainsi frustrée de la part lui revenant sur le capital social.

La raison indique qu'il ne saurait en être ainsi. Le droit n'en proteste pas moins contre la solution contraire. La compensation ne peut s'opérer que lorsque deux personnes sont débitrices l'une envers l'autre en une seule et même qualité. Or, dans l'espèce, le commanditaire est créancier en son propre et privé nom, il est débiteur en qualité d'associé; ce qu'il doit comme tel ne saurait être compensé avec ce qui lui est dû personnellement. C'est ce que la Cour de cassation a consacré dans l'affaire Loubon, par son arrêt du 28 février 1844.

257. L'immixtion a de trop grandes conséquences pour les commanditaires pour qu'ils n'essayent pas de la dissimuler de tout leur pouvoir. De là cette conséquence qu'on ne saurait bien souvent l'établir sans le secours de la preuve testimoniale. Dans cette prévision, on proposait au Conseil d'Etat de déclarer cette preuve admissible suivant les circonstances.

Mais cette proposition fut repoussée comme inutile.

En effet, le principe qu'elle tendait à établir résultait d'une manière plus générale, plus explicite encore des principes du droit ordinaire et de ceux du droit commercial lui-même.

En matières commerciales, en effet, la preuve testimoniale est de droit commun ; elle ne peut donc être refusée qu'autant qu'elle a été prohibée par une disposition formelle. Il est vrai que cette prohibition subsiste pour ce qui concerne les sociétés, mais à l'endroit des associés seulement. Les tiers, pouvant l'invoquer pour établir le fait de l'association, sont également admis à y recourir pour en rechercher les caractères et la nature.

Dans le droit ordinaire, la nécessité d'une preuve littérale subit des exceptions, notamment dans les cas de dol et de fraude. Or, l'immixtion est une fraude à la loi elle-même. Ce caractère rend la preuve testimoniale forcément admissible, résultat que l'art. 1348 justifierait d'ailleurs, puisque les tiers n'auraient jamais été en position de se procurer une preuve écrite du fait dont ils se plaignent.

La preuve testimoniale ne saurait donc, sous aucun rapport, être refusée à ceux qui l'invoquent pour établir l'immixtion. Sa recevabilité absolue entraîne dès lors, pour les tribunaux, la faculté de se décider par les présomptions actuellement acquises.

258. L'art. 28 édicte la peine réservée au commanditaire qui s'immisce. Cette disposition, toute claire, toute positive qu'elle soit, n'en a pas moins fait surgir quelques difficultés. La première était relative à l'éten-

due de la responsabilité encourue : comprend-elle le passif antérieur à l'immixtion comme celui qui lui est postérieur ?

L'affirmative a été universellement admise ; il était difficile qu'il en fût autrement. Devenu associé en nom collectif, le commanditaire était, par cela même, tenu de payer, sans distinction, toutes les dettes sociales constituant la perte.

259. *Deuxième difficulté*. Le commanditaire déchu de sa qualité relativement aux tiers la conserve-t-il vis-à-vis du gérant, et a-t-il dès lors le droit de répéter contre lui tout ce qu'il a payé au delà de sa mise ?

M. Pardessus enseigne l'affirmative ; il se fonde sur ce que la peine édictée par l'art. 28 l'est principalement en faveur des créanciers. Ce sont des dommages-intérêts qu'on leur accorde contre la tentative de tromperie qu'on a réalisée à leur encontre. Conséquemment, donner au gérant le droit d'exciper de la peine prononcée contre le commanditaire, ce serait lui accorder des dommages-intérêts pour une action qui n'a pu lui nuire, qui, d'ailleurs, n'a pu avoir lieu que de son consentement, et dont il serait complice si elle était blâmable [1].

260. Envisagée à ce point de vue, la solution de M. Pardessus pourrait paraître rationnelle ; mais est-ce bien de cette manière que la question doit être traitée ? Nous ne le croyons pas.

L'immixtion est un fait personnel ; elle a été sciem-

[1] N. 1038. *Conf.* Troplong, n. 440.

ment et librement accomplie. Le commanditaire qui se l'est permise doit naturellement en assumer toute la responsabilité. Il pouvait conserver la position qu'il s'était d'abord faite; il lui a plu d'en prendre une autre. Ne suffit-il pas que sa détermination ait été spontanée et volontaire pour qu'il ne puisse en répudier les conséquences ou les faire rejaillir sur autrui ?

Les stipulations de l'acte social ne participent pas du caractère des stipulations matrimoniales ; elles peuvent, à toute époque, être modifiées et changées. Or, supposez que celui qui y a d'abord figuré comme commanditaire prenne plus tard la qualité d'associé en nom collectif; pourrait-il prétendre se faire indemniser des obligations qui en résulteraient pour lui, et exercer un recours contre le gérant pour tout ce qu'il serait tenu de payer au delà de sa mise ?

La négative ne saurait être contestée. Mais alors pourquoi admettre le contraire lorsqu'au lieu d'une convention, c'est-à-dire d'un consentement exprès, on se trouvera en présence d'un consentement non moins formel quoique tacite ?

Mais, dit M. Pardessus, le gérant a consenti, et est ainsi devenu complice de l'immixtion ! Est-ce que dans l'hypothèse que nous invoquons le gérant n'aura pas également consenti ? Dès lors, si, dans ce dernier cas, ce consentement ne produit et ne peut produire aucun effet contre le gérant, pourquoi en serait-il autrement dans celui que nous examinons ? Le consentement tacite du gérant peut-il produire des conséquences au-

tres que celles devant s'induire de son consentement exprès ?

M. Troplong, pour échapper à cet argument, soutient que le commanditaire qui s'immisce ne prend pas la qualité d'associé en nom collectif. La preuve, dit-il, c'est que l'article 28, tout en le déclarant solidairement et indéfiniment tenu, ne cesse pas de le qualifier d'associé commanditaire.

Cette expression de l'article 28 s'explique par la rédaction que cet article a reçue ; mais est-il possible d'équivoquer sur sa portée ?

L'associé commanditaire ne peut jamais être tenu au delà de sa mise. Ce privilége est à tel point constitutif de cette qualité, que nous avons vu la jurisprudence considérer comme associé en nom collectif celui qui, s'étant qualifié de commanditaire et abstenu de tout acte de gestion, s'est cependant soumis à supporter une quotité déterminée de la perte [1]. Quelle est donc la portée réelle de l'article 28, soumettant l'associé à toute la perte, le déclarant solidairement et indéfiniment obligé ?

C'est ce que M. Troplong va nous apprendre luimême dans son numéro 420 : *La loi défend au commanditaire de faire aucun acte de gestion et d'être employé pour les affaires de la société, même en vertu de simple procuration ; sinon il devient obligé solidaire ;* ET EST RÉPUTÉ ASSOCIÉ EN NOM COLLECTIF. *Tous les engagements de la société réfléchissent sur lui.*

[1] Voir *sup.*, n. 197.

Donc l'objection que nous examinons n'a aucun fondement sérieux. La preuve que l'article 28 enlève à celui qui s'immisce la qualité d'associé commanditaire, c'est qu'il le déclare solidairement et indéfiniment tenu, ce qui ne peut être que pour l'associé en nom collectif.

261. Cette doctrine, que nous n'hésitons pas à adopter dans son sens le plus absolu, est également professée par M. Delangle ; mais ce savant jurisconsulte excepte de son application le cas où le commanditaire ne se serait immiscé dans la gestion que du consentement du gérant et à son instigation [1].

Nous admettrions cette exception, mais à une condition, à savoir : que les actes imputables au gérant constituassent un dol ou une fraude.

En effet, le consentement du gérant par lui-même ne saurait l'obliger à rien; nous l'avons déjà dit. C'est ce qu'on reconnaît sans difficulté dans le cas où postérieurement à l'acte social, le commanditaire a pris, par une convention expresse, la qualité d'associé solidaire.

Dans la supposition même où l'immixtion, qui est le fait exclusif du commanditaire, a été sollicitée et provoquée par lui, le consentement du gérant n'est que la conséquence forcée de sa position. L'administration lui est exclusivement dévolue. Comment concevoir un partage de celle-ci sans qu'il y ait formellement ou tacitement consenti? Quelquefois même ce consentement n'aura été, de sa part, qu'une concession dans l'intérêt

[1] N. 412 et suiv.

de la société ; il y aurait donc plus que sévérité à lui en imputer la responsabilité.

Quant aux instigations dont on exciperait, leur existence devrait non-seulement être établie, mais il faudrait encore justifier qu'elles ont offert un caractère tel qu'elles ont dû faire illusion à celui qui en a été l'objet. On ne peut se dissimuler qu'en se plaignant à cet endroit le commanditaire excipe d'une véritable fraude; qu'il doit dès lors en prouver les caractères constitutifs. Des conseils, des exhortations qu'il était libre de suivre ou de rejeter ne lui donneraient aucun droit à une indemnité quelconque.

En dernière analyse, le commanditaire, comme tout majeur, subit les conséquences de tous ses actes. Il n'a de recours à exercer que lorsque, victime de manœuvres déloyales, il a, en quelque sorte, obéi à une erreur qu'il n'a pas été libre de calculer, et a été entraîné à faire ce qu'il n'aurait pas fait sans l'existence de ces manœuvres.

Qu'on lui accorde un recours contre le gérant dans cette hypothèse, c'est de la légalité et de la justice. Ce recours, en l'absence de toute fraude, est difficile à concevoir, impossible à justifier en raison et en droit.

262. *Troisième difficulté*. Le commanditaire qui s'est immiscé peut-il être déclaré en état de faillite si la société l'est elle-même?

La solution que nous avons adoptée sur la précédente question indique celle que nous adoptons sur la question actuelle. Puisque le commanditaire devient un véritable associé en nom collectif, sa déconfiture est celle

d'un commerçant, et n'a pas d'autre issue possible qu'une faillite.

MM. Pardessus et Troplong, en enseignant la négative sur cette question, sont conséquents avec ce qu'ils soutenaient tout à l'heure; ils ne pouvaient admettre les effets en contestant la cause.

Ainsi, dit M. Pardessus, si le commanditaire, au moment de la faillite de la société, n'a encore rien payé de sa mise, pourrait-on, s'il ne voulait ou ne pouvait réaliser ce payement, le faire déclarer en état de faillite? Pourquoi donc accorderait-on la faculté de le faire dans le cas d'immixtion? quelle autre différence y a-t-il entre l'une et l'autre de ces hypothèses, sinon que dans la première l'obligation du commanditaire est limitée, et que dans la seconde elle est indéfinie?

Quelle autre différence! mais en trouverez-vous jamais une plus grave, plus décisive? Le commanditaire non commerçant fait, en prenant cette qualité, un acte de commerce, et cet acte ne peut avoir pour lui que les conséquences dérivant de ce caractère. Il peut donc, comme le serait le signataire d'une lettre de change, être contraint par corps à raison de ce, mais non être déclaré en faillite, parce qu'un acte de commerce ne constitue pas le commerçant.

Le commanditaire qui s'immisce devient un associé en nom collectif. Hésiterait-on à le déclarer en état de faillite, quelle que fût d'ailleurs sa profession, si l'acte de société le déclarait tel? Ce serait difficile, en présence de l'art. 438 C. de comm. Or, qu'importe que la qualité d'associé en nom collectif résulte du

pacte ou de la loi elle-même. Dans l'un comme dans l'autre cas, les conséquences doivent être identiques.

Ainsi, la différence entre le commanditaire demeuré tel et celui qui s'est immiscé est capitale : l'un est resté ce qu'il était au moment de l'acte, l'autre a pris la qualité de commerçant. La faillite, impossible pour le premier, est devenue inévitable pour l'autre, du moment où l'immixtion est acquise.

Dans l'opinion que nous combattons, on se préoccupe beaucoup de la femme et des créanciers ordinaires du commanditaire, pas assez de ses créanciers commerciaux. Ceux qui traitent avec un non commerçant, la femme qui l'épouse, ne peuvent avoir la prétention d'enchaîner son indépendance et de l'empêcher de se faire commerçant ; s'il l'est devenu, ils devront en subir les conséquences, quelles qu'aient été leurs espérances et leurs prévisions.

Les créanciers qui ont traité avec un associé qu'ils voyaient administrer la société ont compté et dû compter sur les garanties que leur offrait sa fortune ; leur conviction était commandée par la loi elle-même. Or, qui veut la fin veut les moyens, et déclarer la faillite impossible c'est refuser ceux-ci en paraissant les accorder.

En effet, à la veille de la déconfiture, le commanditaire aura le soin de mettre sa fortune à l'abri à l'aide d'hypothèques simulées. Ces hypothèques peuvent même n'être qu'une précaution exécutée au moment où la pensée de s'immiscer a été conçue, et pour se prémunir contre toute espèce de chances.

Une pareille supposition, et elle n'a rien de bien téméraire, rendrait le remède de la faillite d'une haute moralité, de la plus incontestable justice, avec d'autant plus de raison qu'il ne pourrait nuire qu'à la fraude, car les droits sérieusement acquis, et à une époque non suspecte, n'en souffriront aucune atteinte.

En résumé, le commanditaire qui s'immisce est devenu associé en nom collectif; comme tel il est commerçant en fait et en droit; dès lors, en cas de défaut ou d'impuissance de faire face à ses obligations, on doit le déclarer en faillite [1].

ARTICLE 29.

La société anonyme n'existe point sous un nom social; elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés.

ARTICLE 30.

Elle est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise.

SOMMAIRE.

263. Caractère de la société anonyme pratiquée sous l'ordonnance de 1673. Différence d'avec celle organisée par le Code.
264. Cependant, et malgré le silence de l'ordonnance, cette dernière était connue et pratiquée en France. Exemples.
265. Motifs de ce silence de l'ordonnance de 1673.
266. Avantages de la société anonyme. Motifs qui la rendent préférable à la commandite.
267. Conséquences de l'absence de toute obligation personnelle.

[1] *Conf.* Delangle, n. 406 et suiv. Malepeye et Jourdain, p. 166.

263. L'ordonnance de 1673 n'admettait que deux espèces de sociétés : la société en nom collectif, celle en commandite. Dans la pratique, cependant, ainsi que l'atteste la doctrine, on reconnaissait une troisième société, qu'on qualifiait de société anonyme.

Mais cette société n'avait de commun que le nom avec celle que le Code organise sous cette qualification. Il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler les caractères qui lui avaient été assignés.

La société anonyme, disait Jousse, est ainsi appelée, parce qu'elle se fait sous aucun nom. Ceux qui font ensemble cette société travaillent chacun de leur côté, sous leur nom particulier, et ils se rendent réciproquement compte, les uns aux autres, des profits et des pertes qu'ils ont faits et qu'ils partagent ou supportent en commun. Ces sociétés sont le plus souvent verbales; et comme elles n'ont quelquefois pour objet qu'une seule entreprise, elles ne durent que le temps qu'il faut pour faire l'achat et la vente ou le partage, ce qui

fait qu'on les appelle aussi *sociétés momentanées* [1].

Savary s'exprime dans les mêmes termes, et après avoir ainsi défini la société anonyme, il cite des exemples des quatre espèces dans lesquelles il la subdivise. Chacun de ces exemples ne permet ni équivoque ni doute sur le véritable caractère de cette société; elle ne constituait qu'une véritable participation.

264. Il est donc certain que l'ordonnance avait gardé le silence sur la société anonyme telle que nous la trouvons aujourd'hui consacrée par le Code. Elle ne l'admettait pas au nombre des sociétés usuelles; il ne faudrait pas cependant en conclure qu'elle avait été ignorée du législateur. La vérité est qu'avant comme depuis l'ordonnance elle avait été non-seulement connue mais encore pratiquée en France comme dans les autres pays voisins.

Cette pratique n'était qu'une conséquence de la nature de cette institution et des services qu'elle est appelée à rendre au commerce. La société anonyme devait naître du progrès et du développement des opérations commerciales dont elle est un des plus énergiques éléments.

Il est, en effet, des entreprises tellement vastes, tellement colossales, qu'elles dépassent même les ressources de l'association ordinaire; il faudrait, pour les exécuter, en étendre tellement le cercle, qu'on risquerait de n'échapper à l'impuissance que pour tomber dans la confusion. L'idée de pareilles entreprises devait donc

[1] Sur l'Ordonnance de 1673, tit. IV.

faire naturellement surgir l'institution qui seule pouvait les amener à bonne fin.

Aussi, et lorsque les Hollandais instituèrent, en 1602, leur Compagnie des Indes orientales, on les voit recourir à la société anonyme et accomplir à son aide cette magnifique opération, qui imprima au commerce et à leur prospérité nationale cette si vive et si heureuse impulsion.

Le succès éclatant qui récompensa leurs efforts devint pour les nations voisines, pour la France notamment, un encouragement et un exemple. C'est le témoignage que notre législateur en donne lui-même. L'édit de 1664, créant la Compagnie française des Indes orientales, s'écrie : *Le succès est démontré certain par le raisonnement ordinaire et naturel, et par l'expérience des nations voisines. Le profit surpasse infiniment la peine et le travail qu'on prend à pénétrer dans des pays si éloignés; ce qui, de plus, est conforme au génie et à la gloire de notre nation, et à l'avantage qu'elle a par-dessus toutes les autres de réussir avec facilité dans tout ce qu'elle veut entreprendre.*

La même année vit naître la Compagnie des Indes occidentales; plus tard, on institua celle du Sénégal; enfin on créa celle d'Occident. Ces quatre compagnies ne furent jamais que des sociétés anonymes.

Qu'on parcoure, en effet, les statuts qui durent les régir, et on y retrouvera en application toutes les règles et conditions que le Code a depuis consacrées. Le capital social est divisé en parts, qui ne durent pas être moindres de 1,000 francs; on appelle non-seulement

les capitaux français, mais encore ceux des étrangers auxquels on offre toute garantie contre les éventualités d'une guerre ; l'association doit être régie par vingt-un directeurs élus par les intéressés ; ces directeurs, ainsi que les simples associés, ne peuvent être tenus, pour quelque cause et sous quelque prétexte que ce soit, de fournir aucune somme au delà de celle pour laquelle ils se seront obligés ; les directeurs ne pourront être inquiétés ni contraints en leur personne et biens pour raison des affaires de la compagnie ; les effets de celle-ci ne pourront être saisis par les créanciers personnels des intéressés ; enfin, la société était perpétuelle et indissoluble, chaque associé ne pouvant se retirer qu'en vendant son intérêt.

265. Ainsi, avant comme après l'ordonnance de 1673, la société anonyme, dans sa véritable acception, était connue et pratiquée en France. Quel est donc le motif qui porte le législateur à se taire sur une institution aussi précieuse ? M. Troplong pense que, comme le gouvernement intervenait toujours dans sa constitution, on la considérait comme l'œuvre de la puissance publique, plutôt que comme l'ouvrage libre de la volonté des particuliers. On ne l'avait donc pas classée au nombre des sociétés laissées à la disposition du public.

Ce motif n'explique pas suffisamment, à notre avis, le silence de l'ordonnance. Sans doute, le gouvernement ne devait ni ne pouvait se dépouiller du droit d'intervenir dans la création de pareilles sociétés, surtout lorsqu'il avait, comme dans celles que nous venons de rappeler, à concéder tant et de si grands priviléges.

Mais, l'exemple du Code l'a prouvé, il y avait moyen de maintenir ce droit, tout en rendant la société anonyme ce qu'elle doit être, c'est-à-dire facultative pour les citoyens.

Ce qu'il est permis de supposer, c'est qu'uniquement préoccupé de ces grandes entreprises qu'il favorisait, le législateur de cette époque n'avait pas assez réfléchi aux avantages que le commerce intérieur et ordinaire pouvait recevoir de la société anonyme. Il s'en était à cet égard un peu trop rapporté à la commandite, qu'il croyait pouvoir suffire à toutes les exigences. Cette pensée se décèle dans l'édit de 1686 créant la compagnie d'assurances maritimes. Quelque important que fût un pareil objet, le législateur ne croit pas devoir aller jusqu'à l'institution d'une société anonyme ; il se borne à mitiger quelques-unes des règles de la commandite.

266. Le côté qui avait échappé au législateur de 1673 saisit, au contraire, vivement les auteurs du Code de commerce. L'appréciation exacte des services que la société anonyme peut rendre au commerce et à l'industrie les détermina à en laisser au moins l'initiative à l'intérêt qui en éprouverait le besoin. Grâce à cette détermination, cette société a rendu les plus importants, les plus incontestables services. C'est par elle, en effet, que se sont organisées ces vastes entreprises auxquelles on doit les constructions de ponts, de canaux, de chemins de fer ; c'est par elle que s'exploitent ces grandes concessions de mines; c'est par elle, en un mot, que se développent tous les germes de prospérité publique.

On ne pourrait, sans doute, sans ingratitude méconnaître les services importants que la commandite est à son tour appelée à rendre. Mais nous l'avons déjà dit, il est des entreprises qui exigent de telles ressources, qu'on ne saurait raisonnablement les demander à celle-ci.

De plus, il y a dans les règles qui lui sont propres deux conditions qui nuiront sans cesse à ses développements: nous voulons parler de la défense faite aux commanditaires de s'immiscer dans la gestion, et de l'obligation indéfinie qui pèse sur les gérants.

La première rend en quelque sorte l'associé étranger à la société. Il n'a qu'à y verser sa mise; et réduit à accepter aveuglément la foi du gérant, il ne peut suivre et encore moins prescrire l'emploi de ses fonds. Cette nécessité s'écarte trop des habitudes prudentes d'un bon père de famille pour qu'elle ne devienne pas, dans bien des cas, un obstacle invincible à toute participation à une société de ce genre.

Combien plus grave est l'inconvénient résultant de l'obligation indéfinie et solidaire des gérants ! Un de ses plus inévitables effets, c'est d'éloigner de l'administration ceux dont l'accession serait, pour la société elle-même, une chance assurée de succès. Comment veut-on, en effet, qu'un homme favorablement placé sous le rapport de la probité, de la capacité, de la fortune, consente à exposer son honneur, son avenir, celui de sa famille, en prenant la responsabilité d'un capital qu'il ne parviendra pas toujours à réaliser intégralement ?

Cet inconvénient acquiert des proportions d'autant plus vastes que l'opération, étant plus importante, exigera un capital plus considérable. Celui qui consentirait à répondre de quelques centaines de mille francs ne reculera-t-il pas devant la responsabilité des millions que devront fournir une foule d'individus?

La société anonyme n'offre aucun de ces dangers. Tout associé peut devenir administrateur sans être tenu au delà du montant des actions qu'il a souscrites; la nécessité d'une confiance illimitée ne retiendra donc personne.

Le choix des administrateurs, étant déféré aux actionnaires eux-mêmes, tombera sur les plus capables et les plus dignes; l'absence pour eux de toute obligation personnelle, la possibilité même de recevoir un salaire empêcheront qui que ce soit de récuser un mandat qui n'offre plus de périls.

Enfin, l'autorisation du gouvernement ajoutera à ce double avantage la certitude que l'objet que se proposent les fondateurs est sérieux et réel. Elle devient par cela même une garantie, que la confiance publique escomptera avec faveur.

Sous tous ces rapports, la société anonyme l'emporte sur la commandite, dont elle est destinée à corriger les inconvénients et les dangers. A son tour, cette destination rend suffisamment raison du caractère que la loi lui reconnaît et des conditions qu'elle impose à son organisation.

267. L'exclusion de toute obligation personnelle est de l'essence de la société anonyme. De là cette consé-

quence que cette société est non une personne mais une chose ; celui qui se met en relation avec elle traite non pas avec tel ou tel, mais avec une caisse composée du montant intégral des actions, et qui est seule obligée à le désintéresser.

Ce caractère de la société anonyme devait s'annoncer hautement et publiquement, et c'est pour en arriver là qu'en pareille matière la loi exclut non-seulement l'emploi d'une raison sociale, mais encore tout autre nom personnel. Il ne fallait pas qu'en se manifestant au public la société pût laisser un doute, pût donner naissance à une erreur sur l'existence d'une obligation personnelle ; pouvait-on plus heureusement atteindre ce résultat qu'en refusant à la société anonyme toute autre qualification que celle de la chose même faisant l'objet de l'entreprise ?

268. Les termes de ces deux prescriptions légales pourraient autoriser un doute sur leur portée réelle. Ils semblent, en effet, renfermer plutôt un avertissement qu'une obligation formelle ; mais il n'en est pas ainsi au fond. Le but que s'est proposé le législateur, et que nous venons d'indiquer, ne permet pas d'hésiter sur le caractère impératif de ses dispositions.

Il est vrai que nos articles manquent de sanction pénale. Mais ce qui explique cette absence, c'est que le gouvernement, appelé à autoriser les statuts sociaux, est chargé de veiller à ce que les volontés de la loi soient strictement et fidèlement exécutées. Il saurait donc bien les imposer à ceux qui s'en seraient écartés.

D'ailleurs, qu'était-il besoin d'une sanction pénale,

Digitized by Google

en présence des conséquences qu'entraînerait la violation des articles 29 et 30 ? Celui qui agirait au nom d'une société sous une raison sociale, ou sous tout autre nom personnel, donnerait immédiatement l'idée d'une société ordinaire, soit en nom collectif, soit en commandite ; il induirait donc les tiers en erreur, et leur causerait ainsi un préjudice qu'il serait personnellement tenu de réparer. Vainement exciperait-il du caractère réel de la société, on répondrait avec raison que si comme associé anonyme il échappe à toute responsabilité, il est comme partie tenu de sa faute, laquelle, dans l'espèce, consisterait à s'être associé à la violation de la loi; que cette faute ayant causé un préjudice en inspirant l'espérance d'une garantie sur laquelle les tiers ont dû compter, il ne saurait échapper à la nécessité d'une réparation, en force du principe consacré par l'art. 1382 C. Nap.

En d'autres termes, la société anonyme doit être reconnue telle au premier coup d'œil; sa qualification doit être en rapport avec sa nature. N'étant qu'une chose, elle doit prendre son nom de cette chose même, de manière que les tiers traitant avec elle ne puissent ignorer qu'ils n'auront rien à prétendre contre qui que ce soit.

C'est ce qui explique la pratique constante en cette matière. Ainsi, avant même que la société anonyme eût été législativement organisée, elle ne se manifestait au public que par le nom de la chose qui en faisait l'objet. Elle était alors la Compagnie des Indes orientales ou occidentales, du Sénégal, etc., comme elle a

été depuis la Banque de France, la Compagnie générale contre l'incendie, la Caisse hypothécaire, etc. En réalité donc, le Code n'a pas introduit un droit nouveau ; il n'a fait que consacrer par ses dispositions un usage dont le fondement justifiait parfaitement l'application.

269. L'article 19 met la société anonyme au nombre des sociétés commerciales ; l'absence de toute obligation personnelle commandait d'ailleurs cette solution. Comment, en effet, en faire une société civile, lorsque l'obligation personnelle des associés est formellement consacrée par la loi régissant celle-ci ? Cette antinomie manifeste ne permettait donc pas de donner le caractère civil à la société anonyme.

Il est cependant évident que cette société se prête merveilleusement à toutes sortes d'opérations, même à celles qui n'ont rien de commercial. Nous nommions tout à l'heure la Caisse hypothécaire ; or, ses actes n'ont rien de ce qui constitue la commercialité, pas plus que ceux des institutions de crédit public, qui s'organisent actuellement dans plusieurs de nos départements.

Ajoutons que l'industrie agricole n'a pas négligé elle-même les secours de la société anonyme. C'est ainsi que se sont organisées des compagnies de desséchements; c'est ainsi que s'était formée dans nos contrées cette compagnie de la basse Camargue, dont l'unique objet était la mise en culture et l'exploitation du château d'Avignon et d'autres immeubles.

En l'état donc de cette pratique constante, la question de savoir si la société anonyme est ou non com-

merciale pourrait paraître oiseuse, avec d'autant plus de raison que l'absence de toute obligation personnelle, laissant les créanciers en présence d'une chose, enlève à la juridiction consulaire son effet le plus énergique, la contrainte par corps. Comment, en effet, et de quelle manière pourrait-on l'exercer?

Mais l'utilité réelle de la solution de la difficulté est incontestable à l'endroit de l'obligation des actionnaires de réaliser le payement des actions qu'ils ont souscrites, payement qui peut leur être réclamé par les gérants ou par les créanciers, à l'endroit des contestations qui peuvent s'élever entre les associés.

270. L'obligation pour chaque actionnaire de payer son action ne saurait être révoquée en doute, pas plus dans la société anonyme que dans la commandite. La loi ne prohibe l'obligation personnelle dans la première, qu'en tant que l'actionnaire s'est intégralement exécuté. Alors seulement il est quitte envers tout le monde, et il ne peut être recherché à raison des engagements sociaux, quand même il aurait géré ou administré. L'actionnaire ne doit jamais que les sommes pour lesquelles il a souscrit; mais il doit jusqu'à concurrence, et l'obligation personnelle ne saurait être contestée à cet égard. Comprendrait-on que la loi qui crée la dette eût refusé tout moyen d'en exiger et d'en poursuivre le remboursement?

271. Il existe donc une action pour contraindre le versement de la mise. Pendant la durée de la société, cette action ne peut être exercée que par les administrateurs. La société étant commerciale, le litige s'éle-

vant à ce propos doit être déféré à des arbitres, conformément à l'article 51 du Code de commerce. Les créanciers agissant en vertu de l'article 1166 et exerçant les droits des administrateurs seraient soumis à cette juridiction.

La société tombée en état de faillite, les créanciers ont le droit de poursuivre directement les actionnaires en retard de payer le prix de leur action. La conséquence de ce droit est la faculté de s'adresser à la justice ordinaire, c'est donc devant le tribunal de commerce qu'ils pourraient porter leur demande [1].

272. Cela n'est contesté par personne; mais il n'en est pas de même des conséquences de l'action. Le tribunal de commerce, le tribunal arbitral, peut-il condamner l'actionnaire avec contrainte par corps?

La négative est soutenue par M. Delangle. Cet honorable jurisconsulte enseigne cependant que la société anonyme est essentiellement commerciale, et que la juridiction arbitrale est seule compétente pour l'appréciation des difficultés entre associés [2].

M. Pardessus distingue. Les administrateurs de la société anonyme, dit-il, sont passibles de la contrainte par corps au profit des actionnaires qui obtiennent des condamnations contre eux, soit pour la restitution de la mise, soit pour le payement de leur part dans les bénéfices. Mais la nature des choses ne permet pas qu'un actionnaire soit tenu par cette voie pour le ver-

[1] Paris, 27 février 1847. D. P., 47, 2, 51.

[2] Nos 424, 453.

Digitized by Google

sement du montant de l'action qu'il a soumissionnée [1].

L'opinion que MM. Pardessus et Delangle adoptent sur notre question était en quelque sorte forcée; elle n'était que la conséquence de celle qu'ils avaient enseignée à l'endroit des commanditaires. Comment, en effet, après avoir refusé la contrainte par corps contre ceux-ci, auraient-ils pu l'admettre contre les actionnaires d'une société anonyme? C'est aussi ce que nous ferons remarquer à l'endroit de M. Louis Nouguier, qui se réunit à MM. Pardessus et Delangle [2].

Mais l'opinion contraire, pour ce qui concerne les commanditaires, est aujourd'hui consacrée par la jurisprudence. Nous avons vu la Cour de cassation se prononcer pour la contrainte par corps dans l'affaire Loubon, et depuis, plusieurs autres Cours ont accueilli la même doctrine.

Cette jurisprudence ruine l'opinion que MM. Pardessus, Delangle et Nouguier professent. En effet, les motifs sur lesquels ils s'étayent ne sont pas autres que ceux qui leur faisaient repousser la contrainte par corps contre les commanditaires. La position étant la même, ces motifs, reconnus insuffisants à l'endroit de ceux-ci, ne sauraient suffire vis-à-vis des actionnaires; ce qui ne saurait exonérer les uns de la contrainte par corps ne pourrait en exonérer les autres.

Nous disons que la position est la même; nous pourrions dire même que la prohibition de s'immiscer dans

[1] N. 1510.
[2] *Des Trib. de comm.*, t. I, p. 375.

l'administration place le commanditaire sous un jour plus favorable encore. Mais la société en commandite est un acte de commerce à raison duquel le signataire est soumis aux conséquences de ces actes.

Or, la société anonyme est une société commerciale: ce caractère lui est reconnu par MM. Pardessus, Delangle et Nouguier. Dès lors, celui qui y participe fait un acte de commerce, et devient par cela même contraignable par corps. Cette conséquence ne se déduit pas de la qualité de la partie, mais de la nature de l'acte.

Ainsi, l'actionnaire non négociant ne le devient pas par la souscription d'actions dans une société anonyme. Mais cette souscription est un acte de commerce; il est donc soumis, pour l'exécution de cet acte, notamment à la contrainte par corps, au même titre que le serait le non négociant qui aurait souscrit une lettre de change ou tout autre titre commercial [1].

Nous retrouvons ici l'argument dont on se prévalait naguère en faveur des commanditaires : la contrainte par corps éloignera les capitalistes. Mais, répond avec juste raison l'arrêt de Paris du 27 février 1847, c'est le contraire qui se réalisera à l'avantage du public. En effet, en donnant au commerce sérieux plus de garanties, la loi appelle dans les entreprises industrielles les propriétaires possesseurs de capitaux réels, qui ne contractent d'engagements que pour les remplir et parce qu'ils savent qu'ils pourront les remplir; elle écarte seu-

[1] Voir *sup.*, n. 241.

lement ceux qui entreraient dans les sociétés sans capitaux, et sans avoir l'intention d'en verser; dans la seule vue de prélever les primes et les bénéfices, sans avoir chance d'aucune perte, et contre lesquels les tiers n'auraient aucun recours utile s'ils ne pouvaient exercer la contrainte par corps.

Si tel doit être l'effet de la doctrine que nous soutenons, il faut évidemment s'empresser de l'accueillir. Il ne faudrait regretter qu'une chose, à savoir que la contrainte par corps n'ait pas suffi jusqu'à présent pour écarter ces hommes audacieux, dont l'insolvabilité brave même cette voie d'exécution; qui sont une véritable peste pour le public et pour leurs associés; qui auraient depuis longtemps tué l'institution, si elle avait pu l'être.

273. Les actionnaires poursuivis en payement du solde de leurs actions pourront-ils renoncer à leur qualité, en se prévalant de la clause des statuts suivant laquelle les associés en retard de payer aux termes convenus seront déchus, avec perte de tout ce qu'ils auraient précédemment payés?

Nous avons déjà examiné cette question à l'endroit des commanditaires, et nous l'avons résolue par la négative. Nous ne saurions, en ce qui concerne les actionnaires, admettre une solution différente, car les motifs sont identiques dans les deux hypothèses. Quelle que soit la nature de la société, le caractère d'une clause de ce genre n'en est pas modifié; elle ne cesse, dans aucun cas, de constituer une peine contre les associés en faveur de la société. Celle-ci seule est donc recevable à

s'en prévaloir. On ne saurait la contraindre à en retirer le bénéfice, alors qu'elle ne juge pas convenable de le faire.

Les raisons d'intérêt public que nous avons exposées déjà existent pour les actionnaires comme pour les commanditaires; nous nous en référons donc à nos précédentes observations [1].

274. Le caractère exceptionnel de la société anonyme la plaçait forcément dans une position spéciale à l'endroit de sa dissolution. Ainsi la mort d'un associé ne saurait entraîner celle-ci ni la motiver. Le nombre des associés, nécessairement fort considérable, rendait ce résultat inévitable, sous peine de voir toute société de ce genre impossible.

Pour elle donc, il n'y a, abstraction faite de la déconfiture entraînant forcément la faillite, d'autres causes de dissolution que celles résultant de l'expiration du terme convenu, de l'achèvement intégral de l'opération en vue de laquelle elle était formée, de la réalisation d'une condition stipulée dans les statuts sociaux.

Bien souvent, en effet, l'acte porte que la société sera dissoute et liquidée dès que le dernier inventaire constatera la perte d'une quotité déterminée du capital, le quart, le tiers, la moitié. Cette condition se réalisant, il n'est pas douteux que chaque actionnaire est recevable à poursuivre la dissolution.

Ce droit répond à un intérêt évident. La liquidation,

[1] Voir *sup.*, n. 239.

en cet état, promet de faire rentrer chaque actionnaire dans une partie de ses fonds, tandis que la continuation de la société menace de tout engloutir. Son exercice est même avantageux au public, puisqu'il amènera le payement intégral des créanciers, qu'une prolongation compromettrait. Aussi, aucune obstacle ne pourrait-il l'entraver ou le suspendre. La délibération contraire de la majorité n'aurait rien de valable et d'obligatoire. Il s'agit, en effet, de l'exécution littérale des statuts, et, comme nous le dirons bientôt, en pareille matière, la majorité est forcément impuissante.

275. Mais un actionnaire pourrait-il, lorsque la société est illimitée, demander la dissolution en signifiant sa volonté de ne plus en faire partie? En d'autres termes, l'art. 1869 C. Nap. est-il applicable aux sociétés anonymes?

En droit, il ne saurait exister de communion éternelle ; toute convention contraire serait réputée non écrite et considérée comme nulle. *Quia*, disait le président Favre, *nulla societatis, aut alterius conventionis, in æternum coitio est, propter discordias quas materia communionis excitare solet*[1].

Notre loi s'est approprié cette règle. Les art. 815 et 1869 C. Nap. n'ont pas d'autres fondements, et déjà nous en avons fait connaître l'opportunité et la prévoyante sagesse[2].

Mais, il faut le reconnaître, la société anonyme n'offre aucun des inconvénients que ces dispositions

[1] Sur la loi 14, *ff. pro. socio.*
[2] Voir *sup.*, n. 67.

ont eu pour objet de prévenir. Les associés, affranchis de toute obligation personnelle au delà du payement de leur mise, ne se trouvent exposés à aucun danger par les actes des gérants. Se plaindraient-ils de la marche adoptée par eux, de leur imprudence, de leur négligence, de leurs malversations? Mais l'assemblée générale peut, à toutes les époques, modifier l'administration, en prescrire le mode, destituer, remplacer, suspendre les administrateurs, et mettre ainsi un terme à toute crainte fondée. D'ailleurs, la discorde entre associés est moins à redouter que dans les sociétés ordinaires, puisqu'en définitive c'est la majorité qui imposera la loi.

De plus, et en fait, la société anonyme ne constitue aucune communauté proprement dite. Elle offre, en effet, cette circonstance si à propos relevée par M. Troplong, qu'à côté de la propriété sociale elle organise le droit des associés, considérés *ut singuli*. Par cette combinaison, ces deux droits ont été tellement différenciés, la propriété sociale a été si nettement dessinée hors du cadre de l'intérêt des associés, que, tandis que la société est propriétaire d'immeubles, les actions délivrées aux sociétaires sont de purs meubles.

La conclusion que M. Troplong tire de ces prémisses, c'est que les associés, tant que dure la société, ne peuvent pas se dire copropriétaires de la chose; c'est sur la tête de la société que repose l'actif social indivis; ils ne sont propriétaires que des actions qu'ils ont consenti à recevoir en échange de leurs mises; ils ont vendu leur apport à la société, et ont reçu pour prix des actions, à la charge qu'à la dissolution de la société

l'actif social leur fera retour. Il y a donc, au moyen de la délivrance de ces actions, une division, un partage entre associés. A la vérité, ce partage laisse subsister l'intégrité en masse des biens dévolus à la société; mais il n'importe. Les associés ne sont pas propriétaires de ces biens, qui appartiennent à la personne civile; ils ne sont propriétaires que de leurs actions, et, dès lors, ils ne peuvent pas dire que le capital social est indivis. Il n'y a indivision que lorsqu'il y a plusieurs propriétaires; et ici, la société seule, être moral, capable des droits les plus relevés, a été investie de la propriété; elle la possède dans un état d'unité, et non pas dans un état d'indivision[1].

Cet aperçu juridique et vrai résout notre question. Comment, en effet, appliquer les art. 815 et 1869 à une opération qui ne crée aucune communauté, qui, par conséquent, ne saurait offrir aucun des dangers que la loi a voulu prévenir?

La société anonyme est donc indissoluble par la volonté d'un seul. Cette conséquence n'est pas seulement légale, elle est encore dictée par la raison. La proposition contraire conduisait, dans bien des cas, à une iniquité ou à une impossibilité.

A une iniquité, si, au gré de son caprice, un actionnaire pouvait tout à coup interrompre une florissante entreprise et briser les plus heureuses chances, au grand préjudice d'un grand nombre d'intéressés.

A une impossibilité, si, par sa nature, l'objet que se

[1] N. 971.

propose la société était perpétuel et indivisible. Comment, par exemple, dissoudre et partager une exploitation de mines concédées à perpétuité [1] ?

La loi devait d'autant moins hésiter qu'en réalité la société anonyme n'est jamais perpétuelle pour ses membres. Chaque actionnaire est libre de vendre son action, et cette vente est pour lui une véritable dissolution, puisque désormais il demeure étranger à la société.

La transmissibilité des actions est donc une circonstance décisive. Celui qui entre dans une société de cette nature en accepte la conséquence, et cette conséquence ne saurait être que la renonciation à demander la dissolution effective. C'est ce qu'exprimaient formellement les statuts régissant les vastes compagnies organisées sous Louis XIV, en disposant que nul intéressé ne pourrait se retirer qu'en vendant son action ; nul doute qu'il en soit de même aujourd'hui. En codifiant la société anonyme, le législateur a entendu lui conserver son caractère et ses conditions.

On objecte que si l'associé veut sortir de la société par la vente de son action et qu'il ne trouve pas d'acheteur, il sera contraint à rester indéfiniment dans la société ; ce qui serait violer la maxime : *Nul n'est associé qui ne veut.* Voici la réponse de M. Troplong :

« D'une part, cet obstacle n'opère pas d'une manière absolue ; il peut n'être que momentané et n'ap-

[1] Cass., 7 juin 1830. D. P., 30,1, 279.

porter qu'un simple retard au lieu d'un empêchement définitif. D'autre part, on ne saurait mettre sur la même ligne une renonciation entière au droit de sortir d'une société illimitée, et une convention de n'en sortir qu'à certaines conditions. Dans ce dernier cas, il n'y a pas d'abandon compromettant de sa liberté; on restreint son droit, on n'en fait pas le sacrifice; autre chose est l'aliéner, autre chose est le subordonner à certaines éventualités [1]. »

La doctrine de ce grand maître a été consacrée par la Cour de cassation, qui a fait résulter la renonciation à se pourvoir en dissolution de la clause permettant la vente de l'intérêt social. Voici l'espèce sur laquelle a prononcé la Cour suprême :

Plusieurs personnes s'associent en 1818 pour l'acquisition et l'exploitation du moulin de Bellerive. Le capital social se composait de vingt-quatre actions de 5,000 fr. chacune. L'art. 7 de la convention portait que, si quelqu'un des sociétaires veut vendre ses actions, il sera tenu d'en prévenir la société et de lui consentir, si elle le désire, la vente, par préférence à tous autres, aux prix et conditions que les tiers lui auront offerts.

Après vingt ans d'exploitation, les époux Rose, porteurs d'actions, se fondant sur l'art. 1869 C. Nap., demandent la dissolution et le partage. Leurs sociétaires opposent l'art. 7 du contrat, d'où ils font résulter une renonciation à toute dissolution; ils soutiennent que le

[1] Cass. 7 juin 1830. D. P., 30, 1, 279.

seul moyen, pour les associés, de sortir de l'association était la vente de leurs actions.

Ce système ayant été successivement consacré par le tribunal de Montauban et par la Cour de Toulouse, les époux Rose se pourvoient en cassation pour violation des art. 815, 1865, 1869 et 1872 C. Nap.

Mais le pourvoi, d'abord admis, fut définitivement rejeté par la chambre civile, par arrêt du 6 décembre 1843. Attendu, dit la Cour régulatrice, que l'arrêt attaqué, par appréciation de l'intention des parties et des clauses constitutives de la société qu'elles ont consenties, décide formellement qu'elles ont renoncé à la faculté accordée par la loi à chaque associé d'une société dont la durée est illimitée, d'en opérer la dissolution par la seule manifestation de la volonté de cesser d'en faire partie, et que le droit de vendre les actions qui en représentent le capital a remplacé, pour chacune d'elles, celui de réclamer cette dissolution ;

Attendu que, si la loi, afin de ne pas perpétuer l'engagement contracté entre les membres d'une société illimitée dans son cours, les a admis à la faire dissoudre par le seul effet de leur volonté, exprimée de bonne foi et en temps opportun, la faculté qu'elle leur accorde ne peut s'exercer lorsqu'ils ont consenti dans les stipulations de la convention sociale à substituer à ce moyen légal d'autres moyens de s'affranchir des obligations qui leur étaient imposées; que c'est en effet la prolongation indéfinie de l'association et les dangers qui peuvent en résulter pour les associés que le législateur a voulu prévenir; et que, dès lors, les motifs

qui l'ont déterminé ne trouvent plus d'application lorsqu'il a été pourvu à ce danger par la convention des parties [1].

Cette décision est d'autant plus remarquable qu'il s'agissait d'une société civile; que la transmissibilité des actions ne résultait que de l'engagement de les vendre par préférence à la société elle-même.

Comment donc hésiter en matière de société anonyme? Il n'est pas de statuts qui ne déclarent les actions transmissibles, ou qui ne règlent le mode de leur transmissibilité. En l'absence de toute convention à cet égard, la loi elle-même proclamant cette transmissibilité, il est évident que celui qui adhère à cette société renonce formellement au droit de demander la dissolution et consent à ne cesser d'appartenir à la société que par la vente de ses actions. Toute prétention contraire serait non recevable et mal fondée.

ARTICLE 31.

Elle est administrée par des mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits.

ARTICLE 32.

Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu.

Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune

[1] D. P., 41, 1, 111.

obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société.

ARTICLE 33.

Les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société.

SOMMAIRE.

276. La nature et les caractères constitutifs de la société anonyme indiquaient nettement le mode d'administration dont elle était susceptible. Puisque, sans communion aucune entre les personnes, elle ne crée qu'une chose intéressant chaque souscripteur dans des proportions déterminées, le droit de l'administrer appartenait incontestablement à la masse de ces souscripteurs. Mais comment concevoir l'exercice de ce droit autrement que par délégation? Pouvait-on raisonnablement admettre une administration collective par des milliers de souscripteurs?

Les prescriptions consacrées par le législateur étaient donc nécessairement dictées par la force des choses, Pour que la société anonyme pût se mouvoir et agir, il fallait qu'elle fût administrée par des mandataires choisis par les intéressés.

Ce qui est confié à ces mandataires, c'est le détail des opérations, c'est la direction effective et journalière des affaires. Aux actionnaires seuls appartient le droit de déterminer le mode de gestion, soit par les sta-

tuts sociaux, soit par des délibérations prises en assemblée générale.

277. L'administration des sociétés anonymes exige donc le concours des actionnaires et des administrateurs. Bien souvent un troisième élément intervient d'une manière utile et active, nous voulons parler du conseil de surveillance ou d'administration. Quelles sont les prérogatives de ces diverses personnalités? quels sont leurs obligations et leurs droits? C'est ce qu'il importe de bien constater.

278. Les administrateurs ou gérants sont de simples préposés au détail de l'administration; ils n'ont d'autres pouvoirs que ceux qui leur sont nommément et expressément conférés.

Aussi l'article 31 ne se contente-t-il pas de les qualifier de mandataires. Il les déclare en outre essentiellement révocables, leur appliquant sans hésiter les principes du droit commun en matière de mandat.

Il résulte de là qu'en général les gérants n'ont que les pouvoirs d'un mandataire ordinaire; dès lors ils ne peuvent ni grever ni aliéner les immeubles sociaux, à moins qu'ils n'en aient formellement reçu la faculté. En outre et quoiqu'ils aient les actions de la société, soit en demandant, soit en défendant, ils ne peuvent ni compromettre ni transiger.

279. La faculté de révocation écrite dans l'art. 31 n'a jamais fait difficulté toutes les fois que la nomination des administrateurs procède dans l'origine de la délibération des actionnaires. Mais on s'est demandé s'il ne devait pas en être autrement lorsque l'acte social

offert aux souscripteurs et par eux accueilli, portant la désignation des administrateurs, les déclare nommés pour toute la durée de la société ?

Une pareille clause est la violation la plus expresse de l'art. 31. Aussi convient-on généralement que le gouvernement en prescrit le retranchement comme condition de son autorisation. Cette exigence de l'autorité, commandée par le respect dû à la loi, est de plus conforme aux véritables principes de la matière.

Le droit ne reconnaît pas de mandat éternellement obligatoire. Il serait immoral de permettre, qu'abusant d'un moment d'entraînement, le mandataire pût contraindre le mandant à lui continuer une confiance dont il s'est montré indigne. Or, puisque la délégation des fonctions d'administrateurs ne constitue qu'un mandat ordinaire, on doit considérer la renonciation au droit de révoquer comme contraire à la liberté individuelle, et conséquemment comme nulle et de nul effet.

On objecte que cette exception est valable dans les sociétés collectives et en commandite, dans la société civile elle-même. Cette objection n'a rien de grave, car elle tend à assimiler des hypothèses qui n'ont rien de semblable.

Le gérant de la société ordinaire, comme celui de la commandite, est nommé pour toute la durée de la société, par la raison que s'obligeant personnellement et solidairement, on ne saurait l'assimiler à un mandataire ordinaire. Il administre réellement sa chose propre, et l'on comprend que, sous ce rapport, il ne puisse être

privé de son droit arbitrairement et sans des motifs graves et légitimes.

Dans la société civile, la solidarité indéfinie n'existe pas ; aussi, et malgré l'obligation personnelle que contracte le gérant, on aurait pu soutenir que ses pouvoirs, même conférés dans l'acte de société, étaient révocables, si le contraire n'avait été formellement admis par l'art. 1856 C. Nap.

Or, dans la société anonyme, il n'y a ni solidarité ni même obligation personnelle. La loi se tait sur la manière dont l'administrateur est nommé. Elle le déclare en général mandataire à temps, révocable; l'absence de la distinction que consacre l'art. 1856 ne permet donc pas d'en appliquer les effets.

Ce qui prouve mieux encore le caractère que nous reconnaissons à l'art. 31, c'est sa dernière disposition. L'administrateur peut être étranger à la société, recevoir un salaire. Comprendrait-on que cet étranger pût se maintenir dans l'administration malgré les sociétaires, qu'il pût les contraindre à lui continuer un salaire qu'ils ne voudraient plus payer ?

L'énormité de ce résultat a ému M. Pardessus ; aussi n'admet-il l'irrévocabilité que si l'administrateur nommé dans l'acte appartient à la société. Mais dans ces termes mêmes son opinion nous paraît inacceptable. La qualité d'associé n'ayant aucune influence sur la responsabilité de l'administrateur ne saurait devenir pour lui un privilége de nature à le soustraire à l'application de la règle si formellement écrite dans notre article 31.

Digitized by Google

Nous n'hésitons donc pas à admettre que l'administrateur nommé dans et par l'acte social lui-même n'en est pas moins révocable, nonobstant la clause qui l'instituerait à vie; cette clause, contraire à la loi, contraire à la morale, serait censée non écrite [1].

280. Nous venons de le dire, les gérants d'une société anonyme peuvent cumuler cette qualité avec celle d'associé. Ces deux qualités ne se confondent jamais; chacune d'elles produit des effets spéciaux.

Ainsi, comme associé, le gérant n'est jamais tenu au delà des sommes qu'il s'est engagé de verser. Il ne répond ni personnellement ni solidairement des engagements qu'il a contractés lui-même au nom et dans l'intérêt de la société. Il n'a donc comme administrateur, aucune responsabilite à redouter.

Conséquence du caractère de sa mission, cette solution tient à une condition, à savoir qu'il aura agi dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés; il se trouve dès lors régi par les principes ordinaires du mandat; il a donc obligé son mandant sans s'obliger lui-même [2].

Ainsi il a été jugé que le gérant d'une société anonyme qui charge un avoué d'occuper pour cette société ne fait qu'un simple acte de gestion, n'entraînant de sa part aucune obligation ni solidaire ni personnelle; qu'il ne pourrait être tenu des frais réclamés par l'avoué qu'autant qu'en statuant sur le fond, la

[1] *Conf.* Delangle, n. 426 et suiv.; Malepeyre et Jourdain, p. 321.
[2] Voir art. 1991 et suiv. Code Nap.

Cour aurait mis les dépens de l'instance à sa charge personnellement [1].

En conséquence, les tiers porteurs d'engagements sociaux, à quelque titre que ce soit, ne peuvent poursuivre que la société elle-même; ils ne pourraient faire condamner personnellement les administrateurs, si ce n'est pour dol, fraude ou faute grave, et à titre de dommages-intérêts [2].

Or, il y a faute grave toutes les fois que le gérant contracte au delà des pouvoirs qui lui sont confiés. La responsabilité ne saurait donc, en cas d'excès, être contestée, pas plus que l'obligation personnelle. La loi ne les exclut qu'à l'endroit des engagements sociaux; et ceux-là seuls revêtent ce caractère qui peuvent être légalement opposés à la société. Conséquemment, le tiers à qui, pour cause d'excès de pouvoir, toute action serait refusée contre celle-ci aurait un recours légitime contre l'administrateur ayant souscrit l'engagement [3].

Cette responsabilité ne pourrait être répudiée que si le gérant prouvait avoir, aux termes de l'art. 1997 C. Nap., donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs. Or, cette formalité est moins facile à admettre en matière commerciale qu'en matière ordinaire.

En droit commun, en effet, celui qui traite avec un mandataire exige d'abord la justification de sa qualité. Cette légitime exigence entraîne forcément l'exhibition

[1] Cass., 6 mai 1835.
[2] Pardessus, n. 1013.
[3] Douai 13 mai 1844. J. D. P., t. I, 1845, p. 252.

de la procuration. Il est donc facile de s'assurer si l'engagement auquel il va être procédé est ou non autorisé par celle-ci.

La qualité d'administrateur d'une société anonyme se justifie par son exercice habituel et notoire. Les tiers doivent supposer, cette qualité étant acquise, que celui qui traite avec eux a les pouvoirs suffisants et nécessaires. En pareille occurrence, l'habitude n'est pas de se faire représenter à chaque affaire l'acte de société et les délibérations de l'assemblée générale qui ont pu le modifier. Il n'y a donc pas à hésiter entre les tiers confiants et de bonne foi et le gérant coupable d'avoir sciemment excédé ses pouvoirs. La responsabilité qui en est la conséquence est en même temps la juste peine de sa faute et la sanction du devoir qui lui est imposé.

281. Il y aurait faute de la part du gérant, et conséquemment lieu à le déclarer responsable, si, les statuts sociaux soumettant les traités passés par lui à l'approbation du conseil d'administration ou de surveillance, il avait négligé de requérir cette approbation. L'absence de celle-ci laisserait le créancier sans droit contre la société. Il serait dès lors recevable à se pourvoir contre le gérant personnellement.

282. En résumé, les droits et les devoirs des administrateurs d'une société anonyme, qu'ils soient ou non associés, sont ceux d'un mandataire ordinaire. Ils ne sauraient être recherchés ni par leurs mandants ni par les tiers toutes les fois que, se renfermant dans la limite de leurs pouvoirs, ils n'ont fait que ce qu'ils de-

vaient et pouvaient faire. Mais, tenus de leur dol et de leur fraude, ils répondent envers leurs mandants de l'inexécution du mandat, de leur faute; envers les tiers, de tous engagements pris en dehors de leur mandat.

283. En leur qualité de comptables, les administrateurs de la société anonyme sont tenus de rendre compte de leur gestion. Cette obligation est due personnellement à chaque actionnaire, qui peut en poursuivre et en obtenir la réalisation. Il importerait peu que l'acte social disposât que le compte serait rendu en assemblée générale. Une clause de cette nature ne saurait avoir aucune influence sur le droit de chaque intéressé de provoquer la reddition, sauf à l'effectuer dans les formes prescrites par les statuts sociaux.

Mais le droit individuel n'existe qu'autant qu'il n'a encore été rendu aucun compte. Dès lors, si, conformément au pacte social, les actionnaires ont été convoqués, et qu'en assemblée générale le compte ait été rendu, tout est consommé quant à ce, et toute demande ultérieure en reddition serait non recevable.

Le droit de chaque actionnaire se bornerait, dans ce cas, à débattre le compte rendu et à faire admettre tels redressements dont il justifierait la nécessité. L'agrément que l'assemblée aurait donné au compte ne créerait aucun obstacle à l'exercice de ce droit. En effet, ceux qui ont apuré et admis le compte n'ont pu le faire que dans leur intérêt, et chacun pour la part lui revenant. Leur approbation obligatoire pour eux ne saurait être opposée à ceux qui ont refusé de s'y

associer. En pareille matière, la majorité ne saurait engager la minorité [1].

284. Le gérant poursuivi en responsabilité pour avoir souscrit un acte dérogeant aux statuts sociaux, en violation de l'ordonnance d'autorisation, pourrait-il obtenir son relax d'instance en prouvant qu'il n'a fait qu'exécuter une délibération de l'assemblée générale ?

La doctrine et la jurisprudence ont distingué. S'il a été dérogé à un objet d'ordre public ou d'intérêt général, l'exception du gérant doit être repoussée. Quoique tenu d'exécuter les délibérations de l'assemblée générale, il doit savoir que cette obligation a des bornes, et ces bornes sont naturellement celles devant lesquelles la loi a prescrit de s'arrêter. Ainsi nul ne peut violer la loi, déroger à des prescriptions d'ordre public et d'intérêt général. Le mandant qui exécuterait une illégalité devient complice de la violation de la loi, et conséquemment responsable du préjudice qui en résulte [2].

Si l'objet sur lequel il a été délibéré ne concernait qu'un intérêt privé, l'exécution que le gérant a donnée à la délibération ne saurait engager sa responsabilité, quelque préjudice qu'elle ait occasionné. C'est ce que la Cour de Paris a jugé, le 20 décembre 1839, dans l'espèce suivante :

La société anonyme du Creuzot avait donné au syndicat des receveurs généraux une hypothèque sur

[1] Lyon, 19 août 1826.

[2] Cass., 16 juillet 1838 ; 9 mars 1841. D. P., 38, 1, 328, 41, 1, 154.

les usines qu'elle exploitait, soit au Creuzot, soit à Charenton. Cette hypothèque était déclarée prise, non-seulement sur la propriété des usines, mais encore sur tout le matériel de l'exploitation, et notamment sur les machines incorporées aux fonds.

Plus tard, la société ayant concentré sa fabrication au Creuzot, l'assemblée générale décida que la machine à vapeur de l'usine de Charenton en serait séparée et vendue, ce qui fut exécuté par les administrateurs.

Après la faillite de la société, les receveurs généraux attaquent les administrateurs comme personnellement responsables pour une somme équivalente à la valeur de la partie du gage dont ils les avaient frustrés en séparant la machine de l'immeuble et en la vendant.

Les administrateurs répondent qu'ils n'ont fait autre chose qu'exécuter la délibération prise par l'assemblée générale des actionnaires; que cette assemblée avait prescrit de fermer l'usine de Charenton et ordonné la mobilisation et la vente de la machine; qu'ils ne pouvaient être responsables d'un fait dont ils n'étaient pas les auteurs; que tout au plus ils seraient coupables d'obéissance, d'un fait purement passif. L'arrêt qui intervint consacra ces prétentions.

M. Delangle, en rapportant cet arrêt, en fait ressortir le caractère légal et juridique. Est-ce que, dit-il, le mandataire d'un simple particulier qui aurait accepté et accompli le mandat consistant à séparer d'un immeuble réel des immeubles fictifs et à les vendre

ensuite pourrait être utilement attaqué par le créancier hypothécaire dont la garantie se trouverait ainsi compromise? Est-ce que la connaissance qu'il aurait eue de l'hypothèque aggraverait sa condition? Est-ce que, selon toutes les règles de droit, en prouvant le mandat, il n'échapperait pas à toute action?

Il y a plus, ajoute M. Delangle, dans le cas même où les mandants et les mandataires auraient dû être confondus et porter également la responsabilité des faits dénoncés par les receveurs généraux, aucune condamnation n'était possible. En effet, une société anonyme, comme un particulier, peut disposer de son patrimoine, et tant qu'elle respecte les conditions essentielles de ses statuts, en ce qui intéresse l'ordre public et les tiers, son indépendance est entière. Or, qu'un particulier diminue d'une façon quelconque le gage hypothécaire qu'il a donné, qu'en résulte-t-il? qu'il sera passible de dommages-intérêts? Non; mais qu'aux termes de l'art. 2131 C. Nap., le créancier pourra poursuivre son remboursement immédiat ou réclamer un supplément d'hypothèque. Les créanciers d'une société anonyme ne pourraient donc avoir d'autres droits, ni obtenir une condamnation personnelle, pas plus contre les mandataires que contre les mandants[1].

M. Delangle a raison. Il serait irrationnel de demander une condamnation personnelle contre le mandataire pour un acte que le mandant avait pouvoir d'exé-

[1] T. II, n. 447.

cuter, sauf les réclamations du créancier lésé et sans autre obligation que de donner un supplément de garantie ou de payer. Or, le fait du mandataire, n'enlevant au créancier ni l'une ni l'autre de ces ressources, ne saurait changer son droit ni lui ouvrir un recours contre le mandataire lui-même.

Ainsi donc, l'exécution que les administrateurs d'une société anonyme feraient des délibérations de l'assemblée générale ne serait qu'un acte licite, incapable d'engager leur responsabilité. La seule exception à cette règle, c'est le cas où la délibération aurait pour objet de déroger à l'ordre public ou à l'intérêt des tiers en portant atteinte aux garanties qui leur étaient assurées, soit par la loi, soit par les statuts et par l'ordonnance d'approbation.

285. Un second élément de l'administration des sociétés anonymes, c'est le conseil de direction, de surveillance ou d'administration. Ce conseil, ainsi que l'indique sa qualification, est tour à tour chargé de diriger l'administration, de la surveiller, d'en conseiller ou d'en autoriser les actes.

Il en est des membres du conseil comme des administrateurs eux-mêmes ; ils ne sont dans la mission qui leur est confiée que des mandataires spéciaux, n'ayant d'autres pouvoirs que ceux qui leur sont expressément conférés par la délibération les instituant. La Cour de cassation a même jugé que les pouvoirs donnés en termes généraux se restreignaient aux actes de pure administration ; qu'ainsi la faculté de plaider, de transiger, ne pouvait en ré-

sulter, parce qu'elle excède les bornes d'une simple gestion [1].

Le conseil d'administration ne saurait donc autoriser les administrateurs à compromettre, plaider ou transiger sur les droits de la société. Tout ce qui aurait été exécuté dans ce sens ne pourrait être valablement opposé à la société, mais engagerait la responsabilité des membres du conseil et celle du gérant qui aurait consommé leur délibération illégale.

Par un *à fortiori* incontestable doit-on admettre que le conseil d'administration n'a pas capacité pour autoriser de vendre ou d'hypothéquer les immeubles sociaux? Le mandataire ne peut aliéner les biens de son mandant qu'en vertu d'une autorisation expresse. Or, nous venons de le dire, les membres du conseil d'administration ne sont que des mandataires.

Cette règle, consacrée par la jurisprudence [2], est également enseignée par la doctrine; c'est celle que professent MM. Duvergier, Delangle, Malepeyre et Jourdain.

M. Troplong l'admet également, mais pour les emprunts considérables seulement. Quant aux emprunts pour sommes modiques, les membres du conseil d'administration, dit-il, peuvent les autoriser; le gérant peut même valablement les contracter.

Cette distinction, que M. Troplong puise dans l'ancienne jurisprudence, ne nous paraît pas admissible aujourd'hui. Bien entendu que nous ne nous occupons

[1] 1er avril 1834.

[2] Voir notamment Douai, 13 mai 1844. J. D. P., t. I, 1845, p. 252.

que des emprunts hypothécaires, car les emprunts courants, par acte sous seing privé, peuvent être bien souvent considérés comme des actes de gestion inévitables.

Mais un emprunt hypothécaire ne peut se placer dans cette catégorie. Quelque modique qu'en soit le montant, il n'en constituerait pas moins l'aliénation de l'immeuble affecté. Or comment, en présence des principes, reconnaître au simple mandataire la capacité d'aliéner ?

286. Les membres du conseil d'administration assimilés au gérant, quant à l'étendue et au caractère des pouvoirs qu'ils reçoivent, doivent être placés sur la même ligne à l'endroit des conséquences de leur gestion. Ainsi ils ne sauraient être recherchés, lorsque, se renfermant strictement dans les limites de leur mandat, ils n'ont fait que ce qu'ils pouvaient et devaient faire.

Mais ils répondent non-seulement de leur dol et de leur fraude, mais encore de leur faute. La négligence qu'ils mettraient à remplir leur devoir, l'excès dans lequel ils tomberaient engageraient leur responsabilité personnelle. Nous l'avons déjà dit : les tiers, qui ne peuvent recourir contre la société à cause du vice du titre dont ils sont porteurs, peuvent légitimement s'adresser à celui ou à ceux dont le titre émane. Dans l'espèce, le conseil d'administration approuvant ou ordonnant sans en avoir le droit devient l'auteur du préjudice, et est par conséquent tenu de le réparer.

Dans la même hypothèse, le gérant qui aurait exécuté la délibération illicite pourrait également être poursuivi. La responsabilité du conseil n'efface pas la

sienne, car le gérant est en faute toutes les fois qu'il fait ce qu'il n'a pas le droit de faire.

Vainement prétendrait-il qu'il devait obéir au conseil d'administration ; cette excuse n'est admissible que lorsque ce conseil s'est renfermé dans son droit. Lorsqu'il va au delà, il est du devoir du gérant de ne pas obéir, car, en réalité, l'ordre qu'il reçoit étant illégal doit être comme s'il n'avait jamais existé. Or, la question de savoir si le conseil a ou non excédé ses pouvoirs ne saurait être douteuse pour le gérant.

287. Au-dessus des gérants et du conseil d'administration se place l'assemblée générale des actionnaires. La masse de ceux-ci est l'arbitre suprême de l'actif constituant le fonds social et de la disposition qu'il doit recevoir.

Les délibérations prises dans la forme indiquée par le statut social sont obligatoires, à moins qu'elles n'eussent pour objet de déroger aux statuts sociaux et de se soustraire aux conditions exigées par l'ordonnance d'autorisation. Dans l'un comme dans l'autre cas, la délibération serait nulle. Nous avons même fait observer que le gérant qui l'aurait exécutée engagerait sa responsabilité.

Au demeurant, il en est des délibérations des actionnaires d'une société anonyme comme de celles de tout autre corps. La majorité oblige la minorité. Il n'y a d'administration possible qu'à cette condition.

Cependant cette règle reçoit des exceptions ; il est des cas où la majorité ne lie qu'elle. Nous avons déjà vu qu'il en est ainsi pour l'apurement du compte de gestion.

L'approbation donnée par le plus grand nombre n'empêche pas ceux qui ont refusé de la souscrire de discuter le compte et de le faire modifier[1].

288. Nous allons indiquer quelques autres hypothèses offrant un résultat analogue. Mais avant il est utile de poser le principe général dont l'application doit résoudre les difficultés que le caractère et l'effet des décisions prises à la majorité peuvent faire naître.

La constitution de la société est précédée de la signature des statuts. Ceux-ci renferment les conditions de l'association et les clauses concernant la position, les obligations et les droits des associés. Les statuts sont ensuite soumis au gouvernement pour qu'il ait à autoriser la société.

Ce qui détermine l'autorisation, c'est la teneur des statuts; aussi deviennent-ils définitifs dès que l'autorité leur a donné son assentiment.

Ils sont donc désormais acquis aux tiers et aux associés eux-mêmes. Par rapport aux premiers, toute dérogation est nulle; par rapport aux seconds, il peut y avoir dérogation valable aux clauses concernant l'intérêt privé, mais cette validité n'est acquise que par l'assentiment et l'aveu de tous.

On comprend l'impuissance dans laquelle se trouve à cet égard la majorité. Chaque associé peut dire avec raison que les conditions qu'on veut anéantir ont déterminé son consentement; que sans la certitude d'être constamment régi par elles, il n'aurait pas accepté la qualité d'associé.

[1] Voir *sup.*, n. 283.

En réalité donc, vouloir les modifier et les détruire c'est porter une grave atteinte au contrat, en altérer l'essence, enlever à l'association sa raison d'être. Un pareil pouvoir ne saurait être reconnu à la majorité[1]. Dans une hypothèse de ce genre, comme l'observe M. Troplong, il faut rester dans les termes du contrat ou se dissoudre[2].

Faut-il donc ne reconnaître à la majorité le droit de délibérer obligatoirement que dans les hypothèses formellement prévues par l'acte social? Non, car dans bien des cas cet acte peut avoir gardé le silence, et interpréter ce silence comme un refus absolu ce serait créer un obstacle invincible à l'exécution sincère de l'acte lui-même et rendre impossible le but que la société s'est proposé.

Suppléer au silence de l'acte ce n'est pas agir contre sa teneur, et c'est dans ces hypothèses surtout que se décèle l'utilité d'une délibération. Il suffit donc que celle prise dans ce cas par la majorité ait un caractère d'utilité réelle et rentre dans les prévisions d'une administration intelligente pour qu'elle soit obligatoire pour tous, si d'ailleurs en la forme elle a été prise conformément aux statuts.

En réalité donc, la question de savoir si la majorité a pu ou non valablement délibérer doit être appréciée par l'objet sur lequel il a été statué.

S'agit-il de revenir contre une clause expresse du pacte social, de la modifier ou de la détruire, la déli-

[1] Cass., 10 mars 1841. J. D. P., t. I, 1841, p. 487.

[2] N. 724. *Conf.*, Pardessus, n. 980; Duvergier, n. 287; Delangle, n. 437.

bération n'est valable que si elle réunit l'unanimité des actionnaires.

Ainsi la Cour de Toulouse a jugé que la majorité des actionnaires d'une société formée pour la construction d'un pont, moyennant la concession d'un péage à percevoir, ne peut, malgré l'opposition formelle de la minorité, réduire le tarif du péage au-dessous des bases fixées par l'ordonnance de concession [1].

S'agit-il, au contraire, de prendre, dans l'intérêt de la société, une mesure que l'acte social n'autorise pas, mais qui n'y est pas prohibée ! la majorité engage la minorité. Suppléer au silence des statuts, ce n'est pas déroger à leur teneur. Ce qui doit s'induire de ce silence, c'est qu'on a voulu précisément s'en référer à la société elle-même pour régler ce que telle circonstance imprévue pourrait exiger.

Un exemple va préciser la règle que nous invoquons et en fixer la portée réelle.

Il est évident qu'une société anonyme, légalement constituée, a sur les immeubles qui composent son actif tous les droits de la propriété; elle peut donc, dans un cas donné, être à même de les hypothéquer ou de les vendre.

Si l'acte social n'interdit ni l'hypothèque ni la vente, la délibération prise par la majorité est exécutoire par la minorité elle-même [2]; mais si l'emprunt et la vente sont formellement prohibés par l'acte, la majorité ne

[1] 22 juillet 1841. J. D. P., t. I, 1842, p. 147.

[2] Bordeaux, 21 décembre 1840. Cass., 7 mai 1844. J. D. P., t. I, 1841, p. 361; I, 1845, p. 131.

saurait obliger la minorité. Dans ce cas, l'opération ne peut être légalement consentie que par l'universalité des actionnaires [1].

C'est par l'application de cette règle que doit se résoudre la question de savoir si la majorité peut voter des nouveaux appels de fonds au delà du capital social porté au contrat.

289. S'il est quelque chose d'important dans les statuts des sociétés anonymes, c'est la détermination du capital social. Sa division en actions fixe le prix de celles-ci et indique à chacun le chiffre du risque qu'il prend par sa souscription.

On ne saurait certes nier que c'est surtout le prix de l'action qui appelle les adhésions. Tel ne devient actionnaire que parce qu'il n'aura à débourser qu'une somme entrant dans ses convenances, tel autre a pris plusieurs actions qui n'en aurait pris qu'un nombre moindre s'il avait pu soupçonner l'obligation d'ajouter dans l'avenir de nouveaux fonds à ceux qu'il a déjà versés.

Comment donc admettre que la majorité puisse après coup aggraver les obligations de l'un et de l'autre et les placer même dans l'impossibilité de faire face à des exigences qu'ils n'ont pu prévoir?

Non, dit M. Delangle, ce pouvoir n'appartient pas aux assemblées générales. Quand le capital social a été fixé, s'il ne suffit pas à l'exécution des projets en vue desquels a été organisée la société, la majorité ne peut imposer à la minorité des sacrifices nouveaux. Le seul

[1] Troplong, n. 182.

moyen légal de mettre un terme à des relations qui semblent devoir être stériles, c'est la dissolution. Quel ne serait pas le danger si la majorité pouvait, à peine de déchéance, imposer à la minorité des obligations en dehors des termes des statuts? Aujourd'hui, l'utilité commune serait la cause des délibérations; demain elle n'en serait plus que le prétexte; le caprice se substituerait à la règle et les droits les plus certains se trouveraient compromis. Il n'en peut être ainsi [1].

Non, il n'en peut être ainsi, car décider le contraire autant vaudrait déchirer l'art. 33. L'actionnaire ne jouirait plus du privilége de n'être passible que de la perte de l'intérêt qu'il a pris; qui sait si d'appel de fonds en appel de fonds il ne se verrait pas obligé au delà de toute possibilité, au lieu de cette perte limitée sur laquelle il a pu compter?

Mais, dit-on, cette crainte est chimérique, puisque l'actionnaire pourra toujours se libérer de l'obligation de répondre aux appels de fonds en abandonnant sa mise primitive.

Mais cette option est-elle équitable et juste? Qu'on y prenne garde. L'utilité de la société anonyme, c'est de permettre à la médiocrité, à la pauvreté même de courir les chances commerciales. Or, dans le système que nous combattons, cette destination ne sera plus qu'un piége odieux. L'impossibilité de faire face à des versements nouveaux enlèvera à l'actionnaire non-seulement toute espérance de bénéfices, mais encore lui

[1] T. II, n. 442.

fera perdre toute participation aux choses déjà acquises. On pourrait donc prendre l'obole du pauvre et le mettre ensuite à la porte, parce que pauvre! un système qui conduirait à de telles conséquences est définitivement jugé par cela même.

On l'a soutenu cependant, en essayant de l'étayer sur un arrêt de la Cour de Nîmes du 3 fructidor an XIII. Mais, ainsi que le fait justement remarquer M. Delangle, cet arrêt est antérieur au Code de commerce, qui le premier a organisé la société anonyme; de plus, la société dont il s'agissait dans l'espèce était une société ordinaire; enfin ce qui détermine la Cour, c'est la ratification de l'acte de la majorité par ceux-là mêmes qui le querellaient.

Tenons donc pour certain que les assemblées générales n'ont pas le pouvoir de modifier l'acte social et de rendre obligatoires des appels de fonds non prévus et non autorisés. Disons avec M. Delangle que, quelque nécessaire que soit la dépense votée par la majorité, à quelque danger que la société soit exposée, il n'est pas permis de changer les conditions sous la foi desquelles s'est organisé le contrat. La résistance d'un seul est plus puissante que l'assentiment du grand nombre, parce que le grand nombre, qui peut disposer à son gré des éléments sociaux, n'en peut créer aucun; il ne peut augmenter le capital social, et, sous prétexte de gestion, frapper de contributions les actionnaires voulant rester dans la situation que le contrat leur a faite.

Il en serait autrement si cette augmentation avait été prévue dans le contrat. Dans ce cas, en effet, c'est con-

férer à l'assemblée la faculté de juger de son opportunité, de sa nécessité; c'est conséquemment se soumettre à la majorité. L'appel de fonds n'est plus alors que la réalisation d'une éventualité prévue, et à laquelle chaque actionnaire s'est implicitement soumis. Il est donc prudent, pour obvier à tous les inconvénients graves que l'insuffisance du capital social peut entraîner, de réserver dans l'acte, soit la faculté de créer de nouvelles actions, soit d'exiger un supplément aux fonds souscrits.

290. L'assemblée générale peut ratifier ce qui aurait été fait par le gérant ou par le conseil d'administration au delà des limites de leurs pouvoirs respectifs. Mais la ratification est soumise à la règle que nous venons d'exposer. Elle devra donc être votée à l'unanimité ou simplement à la majorité, suivant que l'opération aura été prohibée par l'acte, ou seulement non prévue[1].

291. Comme tout établissement commercial, la société anonyme qui cesse ses payements doit être déclarée en état de faillite. Cette règle amène à ce résultat singulier, une faillite sans failli; il semble donc que, dans l'impossibilité de prendre aucune des mesures relatives à la personne, dans l'impossibilité surtout de demander compte à personne du délit ou du crime de banqueroute, on eût pu se contenter d'ordonner une liquidation ordinaire, et éviter ainsi les frais des formalités naissant de la faillite.

C'est probablement ce que le législateur aurait admis, s'il n'avait eu à se préoccuper que de la position

[1] Douai, 13 mai 1844. J. D. P., t. I, 1845, p. 252.

des créanciers vis-à-vis de la société. Mais il fallait veiller aux rapports que la faillite crée de créancier à créancier. Ainsi il importait d'assurer la sincérité du passif, la juste constitution de l'actif et son égale distribution; d'empêcher les avantages illicites, de faire rapporter à la masse tout ce qui en a été illégalement distrait, soit par la forme, soit par l'époque du payement; de faire disparaître enfin toute affectation hypothécaire ou privilégiée irrégulièrement obtenue. Or, tout cela devant nécessairement résulter de la déclaration de faillite, il convenait d'autoriser cette déclaration.

292. Il n'en est pas moins vrai que la position spéciale d'une société anonyme doit influer sur le développement des formalités accompagnant la faillite. Des difficultés sont même nées, dans lesquelles il s'est agi de décider si tels articles étaient applicables. C'est ce qui est notamment arrivé pour les art. 516 et 517 Code comm., aujourd'hui 505 et 506.

293. Le Tribunal de commerce de la Seine, saisi de la question, l'avait résolue négativement; voici les motifs sur lesquels il s'étayait :

« Attendu que, par jugement de ce tribunal, en date du 1er avril 1836, la société du chemin de fer de la Loire a été déclarée en état de faillite; que par l'effet de ce jugement ladite société s'est trouvée sans administrateur pour la représenter vis-à-vis des tiers, puisque les administrateurs d'une société anonyme ne sont que des mandataires, et que les pouvoirs du mandataire finissent par la faillite du mandant ;

« Que, dans l'espèce, non-seulement ses pouvoirs ont pris fin, mais avec eux les moyens de les renouveler, puisque les statuts en vertu desquels ils étaient donnés ne sauraient régir la société après sa dissolution ;

« Qu'en l'état, tout ce qui intéresse la société anonyme dont s'agit ne peut être réglé que par les prescriptions du Code de commerce concernant les faillites ; que si parmi ces prescriptions les unes, relatives aux biens du failli, peuvent s'appliquer à toute espèce de société, il en est d'autres relatives à la personne même du failli qu'il est impossible d'appliquer aux sociétés anonymes ; qu'en effet, dans les sociétés anonymes, il y a une agrégation de capitaux et un être de raison, mais pas de personne faillie ; qu'en conséquence il y a impossibilité réelle à exécuter dans l'espèce les art. 516 et 517 du Code de commerce, qui décident que le failli sera appelé, présent en personne ou valablement représenté, et qu'il sera entendu, car celui-là ne peut être présent qui n'existe pas, ni celui-là représenté qui ne peut plus donner de mandat.

« Attendu que, sans rien préjuger sur le mérite des propositions qui pourraient être faites dans l'assemblée des créanciers, il aurait fallu avant tout trouver une personne qui eût caractère légal pour présenter ces propositions, qui consentît à prendre sous sa responsabilité leur accomplissement, et qui fût moralement intéressée à les accomplir, pour avoir droit au bénéfice de l'excusabilité et de la réhabilitation que la loi, dans sa protection éclairée, offre en perspective au failli

loyal et malheureux, toutes choses qui ne se rencontrent pas dans l'espèce. »

294. Mais ce jugement, déféré à la Cour, a été réformé par arrêt du 29 décembre 1838. Cet arrêt se fonde sur les motifs suivants :

« Considérant qu'avant sa faillite l'assemblée générale avait déclaré la société dissoute et nommé un liquidateur, avec tous pouvoirs nécessaires pour accomplir sa mission, sous la surveillance et avec l'autorisation d'un conseil de liquidation composé de trois actionnaires ;

« Que si, après la déclaration de faillite, les pouvoirs du liquidateur ont dû s'effacer devant ceux que la loi confère aux syndics, ils n'ont pas cependant été anéantis ; que le liquidateur est resté le représentant de la société pour exercer en son nom le droit que la loi réserve au failli ;

« Considérant que le droit réservé à celui-ci par les art. 516 et 517 Code comm. appartient aux sociétés anonymes comme à tout autre failli ; qu'elles doivent donc être appelées dans la personne de leurs administrateurs pour être entendues, par leur organe, dans les explications qu'elles peuvent avoir à donner aux créanciers pour obtenir un concordat [1]. »

295. Nous l'avouons sans hésiter. De ces deux monuments de jurisprudence celui qu'on doit préférer n'est pas l'arrêt. La Cour de Paris ne répond rien aux motifs si juridiques, si décisifs que le tribunal invoque et qui

[1] J. D. P., t. I, 1839, p. 72.

étayent si puissamment la doctrine qu'il consacre.

Il y a même plus; les motifs de décision invoqués par l'arrêt sont repoussés par les principes du droit commun autant que par le droit commercial lui-même. Ils méconnaissent un fait dont la matérialité est évidente, nous voulons parler de la différence entre les sociétés anonymes et les autres sociétés à l'endroit des art. 516 et 517.

La preuve que ces articles ne sont pas applicables aux premières, c'est qu'en ce qui les concerne leurs dispositions sont inexécutables. C'est le failli en personne qui doit être appelé et comparaître; par exception au droit commun, il ne peut se faire représenter qu'avec l'approbation du juge commissaire. Or, pour être failli, il faut être d'abord débiteur personnel, ensuite débiteur insolvable. Quel est l'actionnaire d'une société anonyme réunissant cette double qualité ?

Il n'y a donc pas de failli pouvant être appelé. C'est l'opération seule qui se trouve en déconfiture, et qui désormais n'appartient plus qu'à la masse. Ce motif de l'arrêt pèche donc en fait.

Comment ensuite admettre avec la Cour que les pouvoirs du liquidateur, ayant dû s'effacer devant ceux que la loi confère aux syndics, n'ont pas cependant été anéantis. C'est là nier un des effets les plus ordinaires de la faillite. Comprend-on, après son ouverture, la présence d'un liquidateur? Mais n'est-ce pas précisément pour opérer cette liquidation que la loi députe les syndics?

Qu'est-ce d'ailleurs que nommer un liquidateur, si-

Digitized by Google

non conférer un mandat à celui qu'on revêt de cette qualité ? Or, le mandat n'est-il pas absolument révoqué par la faillite? Cette révocation est d'autant plus énergique en matière de société anonyme, qu'ainsi que l'observe le Tribunal de commerce, la faillite fait disparaître tout moyen pour la société de conférer un nouveau mandat.

Enfin, à quoi bon appeler les administrateurs d'une société anonyme? ils n'ont pas même qualité pour consentir un concordat; leur mission, pendant la durée de la société, se borne à la gestion. Pourra-t-elle, après la faillite, leur permettre d'obliger la société envers les créanciers ? Or, concorder ce n'est pas administrer. Quel serait donc le sort du concordat qu'ils auraient obtenu et souscrit ? Une remise de la dette est un avantage pour le débiteur; mais l'actionnaire ayant versé l'intégralité de sa souscription ne doit plus rien. Quel profit retirerait-il du concordat? Pourrait-on seulement le lui opposer, si son exécution devait entraîner pour lui l'obligation de payer quelque chose en sus de son intérêt?

Le concordat serait donc impuissant et nul. Il n'y a plus après la faillite d'administrateur qui ait qualité et droit d'agir au nom des actionnaires. C'est pour arriver là qu'on l'appellerait aux assemblées prescrites par les articles 516 et 517. On imposerait aux créanciers une formalité ne pouvant aboutir utilement pour eux. Cette étrangeté seule doit décider la question et faire repousser la doctrine de la Cour de Paris.

296. Il résulte des observations auxquelles nous ve-

nons de nous livrer qu'un concordat en matière de société anonyme est la chose la plus difficile, la plus inutile.

Difficile! car il ne saurait être réellement obligatoire que s'il était signé par l'unanimité des actionnaires. Chacun d'eux ne pouvant traiter que pour ce qui le concerne, les engagements qu'il aurait souscrits n'obligeraient que lui!

Inutile! cela est incontestable à l'endroit des effets que le concordat produit à l'égard du failli personnellement. L'excusabilité, la réhabilitation, ces deux importantes mesures restent sans portée aucune dans les sociétés anonymes, puisqu'il n'y a aucun failli intéressé à en obtenir le bénéfice.

Relativement aux créanciers, le concordat ne saurait leur procurer autre chose que ce qu'ils ont déjà, à savoir : l'actif de la société, le droit d'exiger de chaque actionnaire le complément de la mise souscrite, nous venons de le dire, tout accord tendant à obliger les actionnaires à payer au delà, n'obligeant que les parties l'ayant consenti. Or, on ne concorde pas ordinairement pour n'avoir que ce qui vous est déjà concédé.

Le concordat est donc inutile, ou, pour mieux dire, il est de droit dans les faillites des sociétés anonymes. En effet, l'issue par contrat d'union est impossible, puisqu'il n'y a aucun obligé personnel, et qu'au moyen de la répartition des ressources que la société présente, les créanciers n'ont plus rien à exiger de qui que ce soit.

Est-ce à dire pourtant qu'aucun traité ne pourra ja-

mais intervenir entre les créanciers et les actionnaires ? Non; car il peut se faire qu'ils aient intérêt à le faire, soit relativement aux mises non encore versées, soit à la liquidation de la société. Ainsi, les créanciers peuvent modifier leur droit dans le premier cas, consentir un sacrifice, le céder complétement dans le second; mais ce ne serait pas là un concordat; ce qu'ils feraient serait une transaction ou une vente. L'acte devrait donc être revêtu, non des formes prescrites pour le concordat, mais de celles exigées par les articles 487, 535 et 570 C. com.; il ne serait obligatoire que pour ceux qui y auraient été parties.

Les cessionnaires de la liquidation peuvent être des actionnaires; mais, dans cette hypothèse et relativement à l'exécution de la cession, ils ne sauraient exciper de leur qualité; ils sont tous personnellement tenus du prix, avec solidarité même, à moins de stipulation contraire.

297. L'actionnaire d'une société anonyme, nous l'avons déjà dit, n'est jamais tenu au delà du montant des actions par lui souscrites. Il est, à cet égard, sur la même ligne que le commanditaire, sans être néanmoins astreint aux prohibitions dont celui-ci est l'objet. Quoi qu'il arrive, l'actionnaire ayant opéré son entier versement ne peut plus être recherché à raison de la société.

Mais, ainsi que nous l'avons fait observer pour le commanditaire, rien ne peut exonérer l'actionnaire du devoir d'opérer ce versement d'une maniere effective et certaine. En conséquence, la signature de l'acte sous

contre-lettre, ou avec une condition contraire à sa teneur; la quittance fictive donnée par le gérant; la dérogation qu'il aurait consentie aux accords, rien ne pourrait être opposé à la société, et surtout aux tiers. Toutes les exceptions dont nous avons dit que les commanditaires étaient passibles [1] atteindraient d'autant plus les actionnaires, que, réduit au rôle de simple mandataire, le gérant de la société anonyme a des pouvoirs bien moins étendus que le gérant de la commandite.

298. La régularité du versement peut faire surgir des difficultés dans le cas d'une transmission d'actions. En effet, l'actionnaire qui les négocie transmet, avec les actions elles-mêmes, toutes les obligations et les droits qui en découlent; cela est évident du cédant au cessionnaire.

Qu'en est-il à l'égard de la société? Le cédant est-il valablement libéré envers elle par la négociation de ses titres?

Cette question dépend beaucoup de la forme dans laquelle les statuts règlent la transmission, de la manière dont elle a été accomplie.

Si, par exemple, il était stipulé que la négociation était subordonnée à la substitution sur le livre à souche du nom de l'acheteur à celui du vendeur, il est évident que cette substitution régulièrement opérée libérerait le souscripteur primitif, à moins que des réserves expresses n'indiquassent l'intention d'écarter toute novation.

[1] Voir *sup.*, n. 215 et suiv.

Il est même une hypothèse où ces réserves naissent du fait lui-même, et n'ont pas besoin d'être exprimées. Supposez que le souscripteur, en payant une partie de ses actions, ait fait des billets pour le solde; il négocie plus tard ses actions; mais l'administrateur, en opérant la substitution sur le livre à souche, retient dans ses mains les obligations dont il est déjà en possession. Cette rétention ne pouvant s'interpréter autrement que par l'intention de conserver la garantie de la société contre le souscripteur, celui-ci ne pourrait exciper d'une novation expresse, quoique la substitution eût été opérée sans réserves.

Si les actions sont déclarées purement et simplement transmissibles par endossement, leur négociation, n'exigeant aucun concours de la part de l'administration, il serait impossible d'en faire résulter une novation ayant libéré le cédant. On n'admettrait donc celle-ci que si elle était expressément ou tacitement consentie. Ce consentement tacite s'induirait de tout fait établissant que le souscripteur primitif a été libéré. Ainsi, dans l'hypothèse que nous avons posée, le gérant, instruit de la négociation, restitue les billets souscrits par le cédant, et accepte en échange ceux du cessionnaire. Cette restitution ayant pour objet d'éteindre toute action contre le souscripteur, et de reconnaître comme débiteur le cessionnaire, opère une véritable novation [1].

En principe donc le souscripteur de l'acte social est

[1] Pardessus, n. 1043 ; Delangle, n. 451.

obligé au versement des actions qu'il a prises, même après qu'il les a négociées. Il répond de celui qu'il s'est substitué, à moins que les gérants aient consenti à le délier de son obligation par la novation. Sans contredit, les gérants ont pouvoir de consentir celle-ci expressément ou tacitement. Mais l'exercice qu'ils font de ce pouvoir, pouvant constituer une faute, engagerait leur responsabilité. C'est ce qui se réaliserait notamment si la novation avait eu pour résultat de donner à la société un débiteur notoirement insolvable. Le gérant ne pourrait dans ce cas se soustraire à l'obligation de réparer le préjudice auquel il aurait exposé la société.

299. Le droit de la société à se pourvoir contre le souscripteur primitif n'est jamais un obstacle à ce qu'elle s'adresse personnellement au porteur actuel de l'action. La possession du titre détermine l'obligation de payer tout ce qui est encore dû à la société. L'action pour en contraindre l'exécution est donc recevable et fondée.

Vainement le détenteur de l'action prétendrait-il avoir intégralement payé son cédant ; vainement le justifierait-il ! il n'en serait pas moins tenu envers la société. Celui qui achète des actions doit tout d'abord s'assurer si son cédant est libéré envers la societé. S'il le paye sans remplir ce devoir, il commet une faute dont il ne peut récuser la responsabilité et les conséquences. Il serait donc obligé de désintéresser la société de ce qui lui est dû, sauf son recours contre son cédant.

300. L'obligation de consacrer l'intégralité du capital social au payement des créanciers est encore plus étroite dans la société anonyme que dans la commandite. Les ressources de celle-ci peuvent s'accroître de la fortune des associés solidaires et responsables, tandis que celles de l'autre ne consistent jamais que dans le fonds capital lui-même.

Cependant le but que se propose le plus ordinairement la société anonyme est la répartition annuelle des bénéfices. Cette répartition est légale. Elle a pour objet de conférer définitivement à chaque actionnaire la propriété des sommes qui sont ainsi réparties.

Mais il faut répéter ici ce que nous disions naguère pour les commanditaires. L'action en restitution des sommes perçues n'est irrécevable que si, au moment de la répartition, la société était réellement en bénéfice.

En conséquence, si celui qu'on a distribué n'existait réellement pas; si les livres prouvent soit qu'il a été supposé par des gains chimériques, soit qu'on ait escompté les chances favorables qui s'offraient, ou considéré comme réalisés des recouvrements futurs, la répartition est irrégulière et les prétendus bénéfices n'étant que le capital lui-même, chaque actionnaire devrait être tenu de restituer la fraction qu'il a retirée. On doit d'autant plus le décider ainsi, que ce sont les actionnaires eux-mêmes qui décident en assemblée générale l'opportunité et la quotité de la répartition. A quels dangers ne seraient donc pas exposés les tiers, si les actionnaires pouvaient, sans inconvénients pour

eux, substituer des illusions intéressées aux calculs rigoureux de la comptabilité commerciale [1] !

301. On s'est beaucoup préoccupé de la difficulté de fait que peut offrir la poursuite en recomblement. La mobilité du personnel des sociétés anonymes est telle, a-t-on dit, qu'il sera très-souvent difficile de reconnaître l'actionnaire. Serait-il juste d'ailleurs d'exiger le rapport de celui qui, n'étant devenu porteur de l'action que postérieurement à la répartition, n'a réellement rien reçu ?

Non, sans doute, il est évident que l'obligation de recombler ne peut incomber qu'à celui qui a réellement mais illégalement perçu. Quant à lui, les difficultés de fait ne sauraient évidemment influer sur la solution en principe.

D'ailleurs ne s'est-on pas singulièrement exagéré la difficulté ? Qu'il ne soit pas aisé de connaître le porteur actuel de l'action, alors que la négociation s'en opère sans la participation et le concours de la société, nous l'admettons sans peine. Mais on connaîtra toujours celui qui a touché un dividende et coopéré à une répartition, puisque sa signature se trouvera ou sur la quittance qu'il en aura délivrée, ou sur l'état de répartition.

Vainement le signataire prétendrait-il qu'il n'est plus actionnaire. L'action dont il serait l'objet ne tire son fondement ni de l'état présent, ni de l'état à venir. Elle a pour effet de rétroagir sur le passé. Il suffit donc de

[1] Delangle, n. 456. Voir *sup.*, n. 226 et suiv.

prouver que celui qui est poursuivi était actionnaire au moment de la distribution; qu'il a en cette qualité touché ce qu'il ne devait pas recevoir. L'obligation de recombler est la conséquence de l'un et de l'autre.

Or, cette double preuve résulte de la quittance ou de l'état de répartition. La difficulté ne serait donc sérieuse que si ces pièces n'étaient pas représentées; mais leur disparition, pouvant constituer une faute ou un dol de la part du gérant, serait dans le cas de les faire personnellement condamner à réparer le préjudice auquel l'absence de ces pièces exposerait les intéressés.

302. Le plus ordinairement, les statuts disposent qu'il sera établi un fonds de réserve, par une retenue sur les bénéfices à répartir. La destination de ce fonds de réserve est de pourvoir aux pertes imprévues qu'on ne peut combler par de nouveaux appels de fonds et de ramener le capital social à son point de départ.

L'exécution de cette prescription est donc du plus grand intérêt pour les tiers. Dès lors il n'est pas douteux qu'ils soient recevables et fondés à demander compte de sa violation. La décision prise, même par l'universalité des actionnaires, de la considérer comme nulle à l'avenir, ne pourrait produire un effet quelconque.

En conséquence, toute répartition de bénéfices sur lesquels on n'aurait pas d'abord exercé la retenue prescrite serait irrégulière et nulle, au moins jusqu'à concurrence de la quotité réservée. L'action en recomblement de cette quotité ne saurait être écartée.

ARTICLE 34.

Le capital de la société anonyme se divise en actions et même en coupons d'action d'une valeur égale.

ARTICLE 35.

L'action peut être établie sous la forme d'un titre au porteur.

Dans ce cas, la cession s'opère par la tradition du titre.

ARTICLE 36.

La propriété des actions peut être établie par une inscription sur les registres de la société.

Dans ce cas, la cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur les registres et signée de celui qui fait le transfert ou d'un fondé de pouvoirs.

SOMMAIRE.

303. Objets de la division en actions du capital des sociétés anonymes.
304. Origine de cette disposition.
305. Nomenclature des actions reconnues dans la pratique.
306. Caractère et effets des actions de capital.
307. Actions industrielles, leur nature, droit qu'elles confèrent.
308. Précautions prises par le législateur en les autorisant dans la société anonyme.
309. L'action industrielle peut donner droit à la distribution du capital. Quand doit-on l'admettre ainsi?
310. Nature et effets des actions de jouissance.
311. Les associés ou les tiers pourront-ils exiger du porteur de l'action de jouissance le recomblement de ce qu'il a reçu?
312. En quoi consistent les actions de prime. Droit qu'elles confèrent.
313. Actions de fondation. Ce qu'elles doivent être dans les sociétés anonymes.

303. La société anonyme, nous l'avons déjà dit, est appelée à tenter les plus vastes entreprises. Elle a donc besoin de réunir des capitaux si considérables qu'elle ne peut guère les obtenir que de la multitude des intéressés.

De là la nécessité de la division du capital en actions, c'est-à-dire en portions d'une *valeur* déterminée, et dont la quotité est assez modique pour permettre à toutes les fortunes d'intervenir pour la formation du capital et pour profiter des chances heureuses que l'opération peut offrir.

304. La pensée de cette division a dû naître avec la société elle-même, dont elle était d'ailleurs une conséquence inévitable; la création des actions remonterait donc pour la France au dix-septième siècle. Mais M. Troplong nous apprend, dans sa préface du *Traité des Sociétés*, que le système de la division du capital par actions était connu et pratiqué bien avant, et il le prouve par des faits historiques aussi curieux que décisifs.

Les recherches de M. Troplong l'amènent à conclure:

1° que s'il est vrai que l'action industrielle ne se soit classée distinctement dans le nombre des valeurs en circulation, et n'ait définitivement pris les caractères d'une monnaie courante qu'au dix-septième siècle, son existence à des époques plus lointaines ne saurait être contestée; 2° qu'elle avait été appliquée à des opérations civiles, puisque le plus ancien exemple que l'on en rencontre est une société purement civile.

Quoi qu'il en soit, ce qui est certain, c'est que la société anonyme du Code ne peut se former que par la division de son capital en actions. Sans cette division, en effet, il est évident que les règles et les effets qui lui sont imposés deviendraient impossibles et irréalisables.

305. Dans la pensée du législateur, il n'y a d'actions que celles qui, constituant une partie du capital, sont destinées à être payées soit en argent, soit en valeurs. La pratique a singulièrement étendu le cercle qui lui était ouvert. Aujourd'hui il existe des actions de toute sorte, dont l'agiotage a su avidement s'emparer.

Il importe de bien fixer la nature et les effets de celles qu'un usage constant a consacrées. Ces actions sont : 1° les actions de capital; 2° les actions industrielles; 3° les actions de jouissance; 4° les actions de prime; 5° enfin les actions de fondation.

306. Les actions de capital sont celles qui, payées en numéraire ou en valeurs, sont destinées à entrer dans la caisse sociale, à alimenter les opérations, et à faire face aux dépenses; aussi donnent-elles droit non-seulement à concourir à la répartition des bénéfices, mais encore à recevoir une part proportionnelle du

capital lui-même, si, au moment de la dissolution et toutes dettes payées, il reste un solde à partager.

307. Les actions industrielles représentent le capital formé par l'industrie dont la valeur a été fournie par l'apport de l'industrie des travailleurs [1]. Ce capital se distingue éminemment du capital monétaire et foncier qu'il est destiné à exploiter; les actions industrielles n'acquièrent aucun droit dans celui-ci, à la distribution duquel elles demeurent étrangères, le cas échéant.

Mais de la réunion de l'argent et du travail naît l'exploitation sociale, et conséquemment le bénéfice que les divers associés se sont promis. Ce bénéfice appartient donc à tous indistinctement, car il est le produit commun.

Aussi les actions industrielles concourent-elles à la répartition du bénéfice total ou partiel. Il arrive quelquefois, en effet, que les bénéfices nets sont divisés en deux parties : on fait la première égale au 4 ou au 5 pour 100 du capital versé, et on l'attribue par prélèvement aux actions payantes, pour représenter l'intérêt de leurs mises, qui ne se paye pas autrement. La deuxième partie est le dividende commun entre les actions payantes et les actions industrielles.

308. On voit donc que celles-ci ne donnent que des droits éventuels et totalement incertains. Elles sont une pure chance, et il n'est pas douteux que leur circulation anticipée ne soit un commerce de valeurs en quel-

[1] Troplong, art. 1833, n. 133.

que sorte idéales, très-propres aux déceptions et à l'agiotage [1].

Aussi n'est-ce qu'avec regret qu'on en a admis l'existence dans la société anonyme. Ce qui les a fait autoriser, c'est que dans cette société il fallait, comme dans les autres, concevoir des apports profitables, quelquefois même d'une utilité fondamentale, sans que de leur nature ils soient appréciables en argent. Un pareil apport n'étant ni vénal ni transmissible ne pouvait faire partie du fonds social. Celui-ci, remplaçant seul toutes les garanties personnelles des autres sociétés, ne peut se composer que de valeurs telles qu'un créancier puisse les atteindre; de valeurs palpables, saisissables et susceptibles d'être mises en vente, s'il y avait des dettes à payer. M. Emile Vincens donne pour exemple de ces valeurs extraordinaires le talent spécial d'un artiste dans certaines exploitations.

Donc le législateur, admettant dans ces hypothèses des actions industrielles, n'a fait que se rendre à une nécessité de raison et de justice; mais, tout en le reconnaissant, il s'est efforcé de corriger l'abus que signale M. Emile Vincens. Comme l'observe M. Troplong, presque toujours on exige que les actions industrielles restent déposées pendant toute la durée de la société. Cette condition a un double avantage : 1° elle prévient tout agiotage; 2° elle devient une garantie efficace contre le refus que feraient ceux qui les ont obtenues, de continuer leur concours à la société.

[1] Emile Vincens, *Des Sociétés par actions*, p. 42.

309. En principe donc, les actions industrielles ne donnent droit qu'à participer aux bénéfices, mais il peut en être autrement : l'importance du travail qu'elles rémunèrent peut être telle pour la société, qu'elle peut engager les intéressés à leur accorder simultanément une part proportionnelle au capital lui-même. Comme le concours des associés à la répartition de celui-ci n'est possible qu'après le payement intégral des dettes, le droit d'y être appelé ne peut jamais nuire au tiers. La loi a dû s'en reposer sur l'intérêt des associés.

Mais la concession d'un droit quelconque sur le capital doit être prouvée, soit par l'acte, soit par un écrit séparé. Nous ne dirons pas avec M. Troplong que par cela seul que les statuts distinguent les actions de capital et les actions industrielles, il y a exclusion de toute concession de ce genre. Cette distinction est forcée dans tous les cas, car les actions industrielles n'étant pas payées en argent ne peuvent servir à constituer le capital qui devient l'unique garantie des tiers. En conséquence, les assimiler aux actions de capital, les confondre avec elles, ce serait augmenter le nombre des actions payantes contrairement à la vérité ; et, dès lors, les tiers induits en erreur pourraient très-bien contraindre au versement même des actions qui ne seraient au fond que des actions industrielles.

La distinction que feraient les statuts n'aurait donc rien de décisif. Seulement son existence ferait présumer qu'on a voulu réduire les actions industrielles à la participation aux bénéfices ; et cette présomption ne

céderait que devant la preuve écrite du contraire.

310. Les actions de jouissance sont celles qui représentent les actions payantes après qu'elles ont été remboursées intégralement.

Ce remboursement peut être opéré de deux manières : ou au moyen du fonds de réserve qui, dépassant le chiffre prévu, a été consacré à l'amortissement des actions; ou par l'application du fonds spécialement affecté à cet amortissement.

Il arrive fort souvent, en effet, que les statuts réservent une portion déterminée des bénéfices à la création de ce fonds, dont la répartition partielle, dirigée par le sort, vient, à de certaines époques et à titre de prime, désintéresser les actionnaires désignés.

De quelque manière qu'il se soit accompli, le remboursement n'enlève pas à celui qui le reçoit sa qualité d'associé, il n'est que la réalisation d'une chance que chaque intéressé a couru en s'associant, et dont le bénéfice lui est incontestablement acquis. Mais l'action est éteinte, et pour constater cette extinction, autant que pour éviter tout double emploi dans le remboursement, on lui substitue un autre titre qu'on appelle action de jouissance. Cette action assure au porteur non-seulement la participation aux bénéfices, mais encore un droit sur le capital. Toutefois, ce droit ne s'exerce que sur ce qui reste après le remboursement intégral des actions de capital, non encore amorties au moment de la liquidation. La substitution est surtout utile pour apprendre au tiers la vérité sur ce dernier point. Sans la différence du titre, en effet, ils auraient pu se trom-

per ou être trompés sur le véritable caractère de l'action qu'ils achètent.

L'amortissement des actions ne peut être l'objet d'une difficulté, tant que la société est dans un état prospère; mais cette prospérité peut cesser, et loin de réaliser des bénéfices, la société peut voir, par un de ces revirements si fréquents dans le commerce, son capital disparaître, et se trouver en présence d'un passif plus ou moins important, ou tout au moins d'une impossibilité de rembourser les actions de capital non amorties.

311. Les créanciers dans le premier cas, les associés dans le second, pourront-ils poursuivre le porteur de l'action de jouissance en remboursement de ce qu'il a reçu?

La négative doit être adoptée sans hésitation. Il est vrai que dans les sociétés anonymes, les actionnaires doivent contribuer aux pertes à concurrence ou au *prorata* de leur mise, et que celui qui l'a intégralement retirée ne perdra rien. Mais à côté de ce principe nous en rencontrons un autre, à savoir que la distribution annuelle des bénéfices est légale, et que tout ce qui a été reçu à ce titre est irrévocablement acquis et ne doit pas être recomblé.

Or, la société est l'arbitre souveraine de la disposition que les bénéfices doivent recevoir. Les tiers ne sauraient jamais éprouver un préjudice de sa décision à cet égard. Que leur importe en effet qu'ils soient retirés cumulativement par un seul, ou proportionnellement par tous les associés?

Il suffit donc que la somme donnée et reçue provînt de bénéfices réels et certains ; qu'au moment où l'opération s'est accomplie, la société eût son capital sans atteinte, pour que les créanciers ne puissent dorénavant et dans aucune circonstance revenir sur ce qui s'est ainsi très-régulièrement accompli.

Quant aux associés, il est évident qu'en consentant à ce que tout ou partie des bénéfices fussent appliqués à l'amortissement des actions ; à ce que cet amortissement eût lieu par la voie du sort, ils se sont interdit d'élever plus tard toute réclamation. Chacun d'eux a pris l'engagement formel de respecter une préférence dont il espérait être l'objet, et des conséquences de laquelle il serait injuste de l'exonérer.

312. Les actions de prime sont celles que les fondateurs d'une société délivrent gratuitement à des individus qui ont aidé la société, ou qui ont promis de concourir à en développer le succès. Ces actions participent donc forcément de la nature de celles qui sont délivrées aux fondateurs, et donnent à leurs porteurs tous les droits attachés à ces dernières.

313. Enfin, nous rencontrons les actions de fondation, ainsi que le nom l'indique ; ce sont celles que l'on attribue aux fondateurs de la société, en échange des apports que chacun d'eux réalise.

On a abusé et on abuse encore des actions de fondation. En effet, elles ne sont pas toujours le prix d'un apport sérieux et réel. Les faiseurs de projet se les attribuent en payement de l'idée qu'ils ont eue de créer la société, des démarches qu'ils ont faites, et des peines

qu'ils se sont données pour arriver à ce résultat. Cet abus du moins est impossible dans les sociétés anonymes. En effet, le gouvernement n'admet ni actions sans mise, ni distinction, ni récompense de peines et soins ; les actions de fondation ne sont et ne peuvent être que l'équivalent d'un apport d'une valeur certaine et positive.

Cette valeur elle-même pourrait être exagérée à dessein d'augmenter le nombre des actions. Cette exagération, qui n'offre aucun danger sérieux dans les sociétés collectives et en commandite, donnant comme gage la fortune entière des associés responsables et solidaires, pourrait devenir dans la société anonyme très-préjudiciable aux tiers. Leur unique garantie étant le fonds capital, il est évident que donner à ce fonds une valeur qu'il n'a pas, c'est les exposer, en cas de revers, à perdre le gage sous la foi duquel ils se sont décidés à traiter avec la société.

Il ne s'agit donc pas, dans l'évaluation des mises, d'un décompte entre associés. L'intérêt public exige que ces mises, si elles ne sont pas en argent, soient d'une nature tellement équivalente qu'elles puissent se réaliser en espèces. La mise, dit M. Emile Vincens, est la garantie légale due au public ; vous lui annoncez un million pour tout capital ; il faut que ce million soit réel, ou en argent, ou en valeurs égales [1].

Préoccupé de cette juste nécessité, le gouvernement s'est réservé le droit de contrôler l'estimation des ob-

[1] *Des Sociétés par actions*, p. 44.

jets mobiliers ou immobiliers formant l'apport; il ne l'admet qu'après une expertise, et sur l'avis des préfets. Malheureusement ces précautions sont insuffisantes. Dans bien des cas, aux premiers revers, ces objets, fort régulièrement expertisés, se sont trouvés sans valeur.

Quoi qu'il en soit, il est certain que, dans la société anonyme, les actions de fondation ne sont et ne peuvent être que l'équivalent d'un apport quelconque. Ces actions se rangent donc dans la catégorie des actions de capital, et en confèrent toutes les prérogatives.

314. Les actions des sociétés industrielles et commerciales sont déclarées meubles par la loi à l'égard des associés, et tant que dure la société, alors même que l'actif de celle-ci consisterait pour la totalité, ou pour une partie plus ou moins grande, en immeubles [1]. Dès lors leur transmission, quoique dénuée de toute formalité, quoique dispensée de transcription et de purge, n'en est pas moins translative et acquisitive de la copropriété de ces immeubles pour le jour de la dissolution.

Ce résultat a été contesté par l'enregistrement, non pas quant aux effets, mais quant à la nature de la cession d'actions. L'article 529, disait l'administration, ne peut présenter d'équivoque; il en résulte manifestement qu'à l'égard de tous autres que les associés, et, par exemple, qu'à l'égard des tiers, la vente d'actions d'une société qui possède des immeubles a un caractère immobilier, et doit supporter le droit d'enregistre-

[1] Art. 529 Code Nap.

ment que celui-ci détermine. Mais ce système a été constamment repoussé par la Cour suprême [1].

315. Ainsi, tant que dure la société, l'action, dans quelque main qu'elle se trouve, conserve un caractère de meuble, tant à l'égard des associés primitifs qu'à l'endroit de ceux qui ont acquis cette qualité par un transfert de l'action. Ce principe est absolu; mais le gouvernement peut le modifier, et permettre l'immobilisation de l'action.

C'est ce qui a eu lieu, le 16 janvier 1806, pour les actions de la Banque de France. Cette mesure étant signalée comme devant concourir à la prospérité de l'établissement fut immédiatement consacrée en reconnaissance des éminents services que l'institution était appelée à rendre au pays.

316. L'immobilisation s'opère par une déclaration sur les registres, dans la forme de celles des transferts. L'accomplissement de cette formalité rend l'action un véritable immeuble, susceptible d'affectation hypothécaire ou privilégiée, et la soumet, en cas de vente, aux formalités de la transcription et de la purge.

L'immobilisation peut être rétractée; dans ce cas, l'action redevient meuble; mais à partir du jour de la rétractation, et pour l'avenir seulement, la loi du 17 mai 1834 règle les formes prescrites pour cette rétractation.

317. Le Code a non-seulement ordonné la division en actions du capital de la société anonyme, mais en-

[1] Voir notamment arrêt du 14 avril 1824.

core il autorise celle des actions elles-mêmes en coupons d'une valeur égale, la moitié, le quart, le tiers, etc... Cette opération est dans l'esprit de l'institution. Nous avons déjà fait remarquer que la société anonyme s'adresse à toutes les fortunes, à la médiocrité, à la pauvreté même. Il est évident que ce but est surtout atteint par le fractionnement réduisant la part d'intérêt à une valeur très-minime.

Dans l'esprit des fondateurs, cette mesure peut avoir un autre objet. L'administration des sociétés anonymes est loin d'être sans inconvénient. Nécessairement élective, variable et révocable, elle n'assure pas toujours l'unité de vues si nécessaire aux grandes exploitations. En conséquence, diminuer le nombre des votants, c'est affaiblir les hasards des majorités, et rendre le vote facile et plus sûr en le concentrant.

C'est ce qui doit nécessairement résulter de la division des actions. Car, en admettant que le droit de voter soit attaché à la possession d'une seule action, ce qui n'est pas toujours, on ne trouverait peut-être pas d'exemple que ce droit ait pu être exercé par le porteur d'un coupon.

On peut donc ainsi profiter de l'argent d'une multitude de souscripteurs, en évitant la confusion que leur trop grand nombre pourrait introduire dans les délibérations. Là peut-être le bon côté de la mesure, qui peut, d'autre part, devenir nuisible au succès de la société.

On dira, en effet, qu'on pouvait fixer les actions à une valeur telle que leur fractionnement devînt inutile;

que ce fractionnement n'a eu pour objet que de créer une véritable aristocratie, en rendant l'acquisition d'une action difficile et onéreuse ; qu'on a donc bien voulu recevoir l'argent, mais non les personnes de beaucoup de gens, qui doivent dès lors à leur dignité de s'abstenir.

Voilà ce qui peut arriver. C'est aux fondateurs à peser mûrement les inconvénients et les avantages de la mesure, et à ne se prononcer qu'après mûre réflexion.

318. Les actions étant nécessairement transmissibles, puisque leur aliénation est la seule manière de sortir de la société, la loi a dû s'occuper du mode suivant lequel la transmission peut s'opérer.

L'action est nominative ou au porteur. Dans ce dernier cas, son transport s'opère par la tradition manuelle. Les titres au porteur sont une véritable monnaie courante, dont on use sans avoir aucune formalité à remplir.

L'action nominative se transmet par l'endossement régulier. Elle est à l'instar d'une lettre de change ou d'un billet. Elle subit les mêmes règles de négociation.

Ce mode serait impossible à suivre si l'action ne consiste que dans l'inscription sur les registres de la société. Elle ne peut être cédée, dans cette hypothèse, que par la substitution, sur les registres, du nom de l'acheteur au nom du vendeur. Cette substitution résulte d'une déclaration de transfert, inscrite sur les registres et signée par le cédant ou par son fondé de pouvoirs.

319. Mais, comme nous l'avons déjà dit, la cession de l'action n'est pas en général un obstacle à ce que la

société obtienne le payement qui lui est dû du porteur primitif. Dans les deux dernières hypothèses, ce porteur est parfaitement connu et peut être facilement actionné.

Il n'en est pas de même lorsque l'action revet la forme d'un titre au porteur. La délivrance même de l'action peut n'avoir laissé aucune trace sur la personnalité de l'actionnaire primitif. Comment donc le traduire en justice?

Mais ces difficultés, dont on s'est beaucoup préoccupé en théorie, disparaissent dans la pratique. En effet, en pareille matière, on se trouvera nécessairement placé dans une de ces hypothèses :

Ou la délivrance de l'action au porteur aura été précédée de la signature à l'acte de société; ou seule elle aura constitué la prise de la qualité d'associé.

Dans le premier cas, et c'est celui qui se réalisera le plus souvent, la signature apposée à l'acte social indiquera naturellement le premier porteur et permettra d'exiger de lui l'exécution intégrale de l'engagement qu'il avait contracté, ce qu'on ne saurait demander qu'à lui, le porteur actuel étant inconnu.

Nous disons que ce cas sera le plus usuel. En effet, la société anonyme doit être autorisée, et cette autorisation n'est accordée que sur la preuve que le capital est souscrit. L'accomplissement de cette formalité suppose donc la souscription de l'acte préalablement à la délivrance des actions.

Dans le second cas, la connaissance du porteur primitif, comme celle du porteur actuel, est non-seulement

difficile, mais encore presque impossible. Mais cette connaissance est inutile, car l'action, lancée dans la circulation, ne devra plus rien à la société.

Quel est en effet le gérant qui délivrerait l'action, sans exiger ou un payement intégral, ou un dépôt de valeurs, ou le règlement personnel de l'actionnaire? Ce gérant se rencontra-t-il qu'il ne pourrait le faire, car le gouvernement lui prescrirait formellement le contraire. Agir ainsi serait en effet compromettre gravement l'intérêt du public. Où serait, en effet, pour lui la garantie de la réalisation du capital qu'on lui a annoncé?

Ainsi, la délivrance de l'action au porteur ne sera que la conséquence du payement, ou des garanties destinées à l'assurer en cas de besoin. A quoi bon dès lors se préoccuper des difficultés de reconnaître, soit le porteur primitif, soit le porteur actuel. En fait, ces difficultés sont réelles; mais, dans la pratique, elles ne sauraient produire aucun des effets qu'on a voulu leur attacher.

ARTICLE 37.

La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du roi, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue. Cette approbation doit être donnée dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique.

SOMMAIRE.

320. Motifs qui firent soumettre l'existence de la société anonyme à l'approbation du gouvernement.

320. La codification des règles auxquelles devait obéir la société anonyme amenait nécessairement la question de savoir si cette société devait être laissée à la libre stipulation des parties, ou bien s'il convenait de la soumettre à la surveillance du gouvernement et à son approbation. C'est dans ce dernier sens que la question fut résolue.

Les motifs qui le firent ainsi admettre sont remarquables de raison et empreints d'une haute sagesse. « Les grandes entreprises commerciales, disait la commission chargée de rédiger le projet du Code de commerce, ne sont avantageuses au commerce que lorsqu'elles ajoutent à ses ressources de nouveaux moyens

de circulation et de crédit ; lorsqu'elles ont pour objet un commerce nouveau ou éloigné et hors la portée des commerçants. Elles sont dangereuses si elles établissent un commerce sur des objets que tous les commerçants peuvent atteindre, en ce qu'elles favorisent un monopole funeste au commerce et à la société.

« C'est à l'administration publique qu'il appartient de juger les avantages et les dangers de ces sortes d'associations; elle est plus à même d'en calculer les effets. Nous avons cru qu'elle seule pouvait ou les permettre ou les proscrire, et qu'il était avantageux qu'elles ne pussent se former sans son assentiment et son autorisation.

« Une autre considération nous a déterminés. Les grands établissements doivent offrir une garantie suffisante pour assurer leur indépendance et leur crédit. Il peut être nécessaire qu'on y établisse une surveillance qui rassure le public et le commerce sur l'intégrité des administrateurs qui les régissent. »

Ces idées furent pleinement adoptées, d'abord par la section du Conseil d'Etat. « Les sociétés anonymes, disait en son nom le rapporteur Regnaud de Saint-Jean-d'Angely, ont dû aussi fixer l'attention des rédacteurs du Code. Elles sont un moyen efficace de favoriser les grandes entreprises, d'appeler en France les fonds étrangers ; d'associer la médiocrité, la pauvreté même aux avantages des grandes spéculations ; d'ajouter au crédit public et à la masse circulant dans le commerce. Mais trop souvent des associations, mal combinées dans l'origine, ou mal gérées dans leurs

opérations, ont compromis la fortune des actionnaires, altéré momentanément le crédit général, mis en péril la tranquillité publique. Il a donc été reconnu que l'intervention du gouvernement était nécessaire pour vérifier d'avance sur quelles bases on voulait faire reposer les opérations de la société et quelles pouvaient en être les conséquences. » L'adoption des mesures proposées à cet effet prouve que le Conseil d'Etat partagea les idées et les vues de sa section.

L'intervention du gouvernement et son autorisation procèdent donc d'une pensée d'ordre public. Elles ont pour objet de protéger le commerce contre le monopole, de veiller à l'intérêt du public, en vérifiant et reconnaissant la sincérité et la réalité du gage qui lui est offert ; enfin, d'empêcher que les associés ne soient eux-mêmes victimes, en contrôlant la possibilité et les chances probables de l'entreprise.

321. Ce triple caractère fixe la nature de la part réelle laissée au gouvernement dans la constitution des sociétés anonymes. Aussi, lorsqu'on s'est demandé si l'autorisation royale avait pour résultat de conférer un privilége sur le commerce que la société autorisée va exploiter, la négative a été énergiquement proclamée par le gouvernement lui-même. « Sa Majesté, disait une instruction ministérielle du 22 octobre 1817, ne concède à personne le droit ou le privilége d'exploiter telle ou telle branche de commerce. Cette concession serait contradictoire avec la liberté légale assurée à l'industrie.

« Les ordonnances autorisant la formation et l'exi-

stence d'une société qui se propose de faire un certain commerce ou une certaine entreprise n'ont donc pas pour objet d'accorder aux sociétaires rien qui ressemble à une propriété sur cette entreprise ou ce commerce. »

Après avoir rappelé les considérations qui dirigent l'exercice du pouvoir conféré au gouvernement, le ministre conclut ; il résulte de ces principes :

1° Que l'autorisation n'est point un privilége ; qu'elle se donne à cause de la forme de la société anonyme, et non de la branche de commerce qu'elle se propose d'exploiter ;

2° Qu'en vertu de la liberté commune, plusieurs sociétés pourraient être concurremment autorisées pour un même commerce ;

3° Que le but de l'autorisation est purement et simplement de certifier au public, d'abord la vérification des bases sociales et l'existence des moyens annoncés, moyens reconnus être en rapport avec l'entreprise ; en second lieu, qu'un examen attentif a été fait de la moralité et de la convenance de l'administration sociale ;

4° Qu'en conséquence, le gouvernement n'admet point de simples projets, et n'autorise point dans l'intérêt d'un inventeur ou d'un spéculateur qui recherche des actionnaires ; il n'attache son approbation qu'à des sociétés réelles, formées par des actes publics, et par lesquelles une masse suffisante de souscripteurs ont déjà engagé et assuré leur mise.

322. L'utilité de l'intervention du gouvernement

ainsi étayée est donc incontestablement prouvée. Cette conséquence puise une autorité irréfragable dans la pratique de ces derniers temps. La preuve de l'efficacité de l'intervention du gouvernement, c'est que les spéculateurs nombreux qui ne recherchaient que les moyens d'agioter et de s'enrichir au détriment d'autrui n'ont pas osé l'appeler à examiner leur projet, malgré les relations intimes que ces projets avaient avec la société anonyme. C'est sous la forme de la commandite que se sont tour à tour produites ces caisses, banques, compagnies, sociétés, alliances, salamandres, minotaure, restaurants portatifs, toutes ces entreprises, en un mot, qui n'ont eu d'autre durée que celle de l'agiotage effréné qu'elles venaient alimenter; or, ne pas recourir à l'autorisation, c'est avouer hautement qu'elle n'aurait pas été accordée, et convenir par cela même de son utilité et de son efficacité.

323. Le Code de commerce avait dû, après avoir consacré le principe, se borner à déclarer que l'approbation serait donnée dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique, c'est-à-dire qu'elle serait donnée sous forme d'ordonnance, sur le rapport du ministre, et le Conseil d'Etat entendu. Voici comment elle doit être provoquée :

« Les individus qui voudront former une société anonyme seront tenus de se conformer au Code de commerce ; et, pour obtenir l'autorisation du gouvernement, ils adresseront au préfet de leur département, et à Paris au préfet de police, une pétition signée de ceux qui veulent former la société.

« La pétition doit contenir la désignation de l'affaire ou des affaires que la société veut entreprendre, le temps de la durée, le domicile des pétitionnaires, le montant du capital que la société devra posséder, la manière dont ils entendent former ce capital, soit par souscriptions simples, soit par actions, les délais dans lesquels le capital devra être réalisé, le domicile choisi où sera placé l'administration, le mode d'administration, et, enfin, l'acte ou les actes d'association passés entre les intéressés.

« Si les souscripteurs de la pétition ne complètent pas à eux seuls la société qui doit être formée; s'ils déclarent avoir l'intention de la compléter lorsque seulement ils auront obtenu l'approbation du gouvernement, ils devront, dans ce cas, composer au moins le quart en somme du capital, et s'obliger de payer leur contingent aussitôt l'autorisation donnée.

« Les préfets des départements, le préfet de police à Paris, feront sur la pétition à eux adressée toutes les informations nécessaires pour vérifier les qualités et la moralité des auteurs du projet et des pétitionnaires; ils donneront leur avis sur l'utilité de l'affaire, sur la probabilité du succès qu'elle pourra obtenir; ils déclareront si l'entreprise ne paraît point contraire aux mœurs, à la bonne foi du commerce et au bon ordre des affaires en général; ils feront des recherches sur les facultés des pétitionnaires, de manière à s'assurer qu'ils sont en état de réaliser la mise pour laquelle ils entendent s'intéresser.

Les pièces et l'avis des préfets seront adressés aux ministres [1].

324. Voilà de bien nombreuses formalités, et conséquemment une perte de temps considérable. Ce n'est pas tout cependant; l'affaire arrivée devant le conseil peut subir une instruction nouvelle pardevant le comité, de telle sorte que des années entières s'écouleront avant qu'il ait été statué définitivement.

Il est certes à regretter qu'on n'ait pas en cette matière arrêté des dispositions précises auxquelles les sociétés postulantes devraient se conformer. Mais comment imposer un type commun et uniforme à une société se divisant en tant de variétés? Il devenait donc indispensable de statuer sur chaque espèce, et sur les précautions spéciales qu'elle exigeait.

325. Ces nombreuses décisions, tout en ne pas atteignant à créer le type général et commun, ont donné naissance à un très-bon fonds de dispositions passées en maximes, et qui ne se discutent plus, dit M. Emile Vincens. Les sociétes voulant se faire autoriser savent donc à quoi s'en tenir, et elles évitent, en s'y conformant, les observations que ne manquerait pas de leur adresser, soit les préfets, soit les ministres. Ces dispositions, conformes à la nature de l'autorisation, tendent toutes à assurer le but qui l'a fait prescrire.

Ainsi l'approbation n'est accordée qu'aux sociétés réelles, sérieuses, pourvues des moyens de marcher.

[1] Instructions ministérielles des 21 décembre 1807 et 22 octobre 1817.

L'instruction ministérielle de 1807 accordait ce caractère à celles dont la souscription avait actuellement atteint le quart en sommes du capital social. Aujourd'hui le Conseil d'Etat exige que le capital soit intégralement souscrit, et que la société soit réellement en possession de l'objet qu'elle se propose d'exploiter. A ces conditions seulement il sera vrai, a-t-on dit, que l'ordonnance d'autorisation ne servira pas d'annonce et de passe-port à un prospectus.

On détermine ordinairement une limite au-dessous de laquelle le capital social ne saurait être réduit sans que la société fût tenue de se dissoudre. Par exception à la règle que nous avons posée plus haut [1], la demande en dissolution formée par un seul actionnaire, pour pertes dépassant le chiffre admis, serait recevable et fondée.

On repousse des statuts l'engagement de payer annuellement aux actionnaires l'intérêt de leurs versements. La masse de ces versements est le gage unique du public. Les actionnaires ne peuvent en retirer les produits qu'en tant que ces produits constitueraient des bénéfices réels. S'obliger à payer annuellement des intérêts, c'est donc garantir qu'il y aura des bénéfices; et comment tolérer un aussi téméraire engagement? On a compris que cette promesse n'avait pour but que d'entraîner des signatures, des adhésions, en parlant à l'avidité, en faisant luire l'espérance d'un intérêt et d'un bénéfice; qu'elle ne pouvait être exé-

[1] N. 275.

cutée qu'en prenant les intérêts sur le capital lui-même, et en altérant les garanties promises, et qu'on parviendrait bientôt à épuiser.

On prescrit une retenue à faire sur les bénéfices à chaque répartition pour composer un fonds de réserve. La destination de celui-ci est de maintenir le capital à son niveau primitif, en puisant dans la réserve les sommes nécessaires pour faire face aux pertes que ce capital aurait éprouvées.

On n'accorde aux fondateurs ni droits de propriété ni privilége sur le fonds capital. La seule rétribution qu'ils peuvent obtenir est celle qui serait attachée aux fonctions qu'il plairait aux actionnaires de leur confier. Ces fonctions demeurent d'ailleurs essentiellement révocables.

Enfin, on repousse toute espèce d'actions rémunératoires en leur faveur; on ne permet même les actions industrielles qu'autant qu'elles sont l'équivalent, soit d'un travail indispensable à la société, soit d'un apport réel. Si cet apport consiste dans l'exploitation d'une idée, d'un secret, d'un brevet d'invention, l'évaluation donnée par l'acte est maintenue, à moins d'une exagération manifeste. Mais si l'apport est une valeur mobilière ou immobilière, cette évaluation n'est admise qu'après expertise confiée à la direction et à la surveillance des préfets.

Il est des sociétés anonymes offrant ce caractère spécial, à savoir : que devant par leur nature montrer au public des garanties, elles n'ont aucun besoin de les réaliser, n'ayant pas l'emploi immédiat de leurs fonds.

C'est ce qui se réalise notamment dans les assurances, dans les banques.

En pareille occurrence on se borne à exiger de chaque actionnaire un à-compte sur sa souscription, l'excédant devant être payé, soit à des époques déterminées, soit au fur et à mesure des besoins.

Mais le Conseil d'Etat, dans le but d'assurer la réalisation des payements ultérieurs, impose à chaque actionnaire l'obligation de déposer des valeurs facilement réalisables, au moyen desquelles la société obtient les payements partiels dont elle a besoin.

Seulement on permet que le dépôt ne soit pas égal à tout ce qui reste à payer sur la mise : l'intérêt du public ne l'exige pas. Quand le dépôt, dit M. Emile Vincens, est d'une valeur raisonnable, pouvant correspondre à celle d'un certain nombre d'appels successifs, l'actionnaire étant immédiatement contraint à payer ou a compléter le dépôt, si son retard a obligé la compagnie à y toucher, la garantie ainsi réservée aux appels suivants reste toujours suffisante. Le droit de revendre l'action pour le compte du retardataire, et de le poursuivre s'il est reliquataire, complète la garantie [1].

Telle est la jurisprudence du Conseil d'Etat, en matière d'associations anonymes. Sa connaissance importe au public, parce qu'elle tend à faciliter l'instruction des demandes en autorisation. En inscrivant spontanément dans les statuts ce qu'on serait obligé

[1] *Des Sociétés par actions*, p. 39.

d'y inscrire sur les observations du ministre ou du comité du Conseil d'Etat, on rend ces observations inutiles, et on diminue d'autant les longueurs qu'on doit subir.

326. Quel est l'effet de l'ordonnance d'autorisation ? Nous venons de voir qu'elle ne confère jamais ni privilége, ni droit exclusif sur la branche de commerce ou d'industrie faisant la matière de la société. Mais une de ses conséquences les plus immédiates, c'est qu'elle arrête définitivement les statuts, et les rend désormais obligatoires. Les actionnaires ne peuvent plus, à leur volonté, les modifier ou les changer, à moins d'obtenir pour la délibération nouvelle l'approbation du gouvernement. C'est ce que rappelle expressément l'art. 6 de l'instruction ministérielle du 21 décembre 1807 [1].

Cependant l'approbation donnée aux statuts ne les rend pas matière administrative; ils n'en demeurent pas moins des conventions de droit civil, dont la base est dans la volonté des parties, et dont les chances douteuses doivent être soumises aux juges ordinaires [2].

De plus, la Cour de cassation a jugé, le 15 février 1826, que les statuts d'une société anonyme, quoique publiés et insérés au *Bulletin des Lois*, comme annexés à l'ordonnance d'autorisation, ne peuvent être considérés comme des lois générales dont la violation puisse

[1] Locré, t. XVII, p. 461.

[2] Chauveau, *Comp. adm.*, n. 692; Troplong, n. 474; Paris, 6 février 1833; Cass., 1er avril 1834; D. P., 33, 2, 177, 34, 1, 191; Cass., 25 août 1842; J. D. P., t. I, 1843, p. 110.

donner lieu à la cassation des jugements et arrêts rendus en dernier ressort[1].

327. Toutefois, la violation des statuts ou de l'ordonnance d'autorisation ne saurait rester impunie. Voici les conséquences qu'elle peut entraîner.

En ce qui concerne le gouvernement, elle peut motiver le retrait de l'autorisation. Le droit de prononcer ce retrait n'avait pas fait le moindre doute aux yeux du législateur de 1807. C'est en le proclamant dans toute sa rigueur qu'on repoussa la proposition de soumettre les sociétés anonymes à une surveillance de la part du gouvernement.

L'introduction en France du système constitutionnel fit naître quelques doutes sur la légalité du pouvoir ainsi retenu en 1807. Le résultat fut de le faire en quelque sorte conférer par les parties, en en faisant une des conditions de l'autorisation. Depuis, les ordonnances renferment la clause qu'elles pourront être rétractées en cas de violation.

Le gouvernement n'a donc jamais aliéné le droit d'intervenir utilement dans la société anonyme, pour assurer l'exécution des conditions qu'il lui a imposées. C'est dans ce but qu'il a, dans maintes circonstances, délégué un commissaire chargé de veiller à cette exécution et de signaler les atteintes qui seraient portées aux statuts. Mais cette mesure n'a pas cessé d'être sans efficacité réelle. Ces commissaires, dit M. Emile Vincens, payés par la société, n'ont aucun intérêt à sa

[1] D. P., 26, 1, 139.

dissolution ; au lieu de l'inspecter sévèrement pour le gouvernement, ils en sont devenus les avocats et même les agents [1].

Quoi qu'il en soit, la violation des statuts ne laisse pas que d'être une chose grave, l'autorité se fondant sur elle pour retirer son autorisation et dissoudre ainsi la société.

328. D'associé à associé la violation des statuts ne saurait produire le moindre effet, aucun n'étant lié par une disposition de ce genre, fût-elle le résultat d'une délibération prise à la majorité par l'assemblée générale. Les pouvoirs de celle-ci ne peuvent aller jusqu'à transgresser la loi de l'association.

329. Enfin, vis-à-vis des tiers, l'acte contraire aux statuts ne saurait produire ni obligation ni droit. On ne saurait donc exiger d'eux l'exécution des engagements consacrant une violation des statuts. Ils seraient au contraire recevables et fondés non-seulement à en demander la nullité, mais encore à obtenir des dommages-intérêts, en réparation du préjudice qu'ils en auraient éprouvé [2].

Au reste, pour ce qui concerne la violation des statuts et ses effets, il ne faut pas oublier la distinction que nous avons rappelée [3]. Ainsi, on ne peut jamais faire ce qui est expressément prohibé et autoriser une opération qui aurait été formellement interdite. Mais aller au delà de ce que l'acte exprime, c'est ne

[1] *Des Sociétés par actions*, p. 55.
[2] Paris, 6 février 1833 ; D. P., 33, 2, 177.
[3] *Sup.* n. 288 et suiv.

faire ni l'un ni l'autre. Il est difficile de prévenir dans l'acte tout ce qui peut s'offrir, et l'on ne saurait refuser à la société le moyen de sortir d'une circonstance imprévue, ou de vaincre l'obstacle que rencontre son administration. Il suffit donc que l'acte exécuté ou ordonné se rattache même indirectement au but qu'elle se propose, pour que sa légalité ne puisse être mise en doute, sous prétexte qu'il n'a pas été prévu par les statuts [1].

Toute dérogation n'est pas susceptible des mêmes effets. Ainsi celle qui tendrait à méconnaître une disposition concernant l'ordre public ou l'intérêt général serait atteinte d'une nullité radicale et absolue. Il n'en serait pas de même de la violation d'une prescription se référant à l'intérêt privé. Celle-ci pourrait, suivant sa nature, donner naissance à une nullité purement relative, ou autoriser les tiers à se prévaloir des conséquences que la loi en aurait déduites elle-même.

330..La société anonyme ne pouvant exister sans l'autorisation du gouvernement, il est évident qu'une société de ce genre ne sera régulièrement organisée et ne produira ses effets légaux que du jour de cette autorisation.

Mais il arrive bien souvent que les associés en instance n'attendent pas que le gouvernement ait statué pour commencer les opérations. De là des engagements à la charge de la société. La poursuite de l'autorisation nécessite de son côté des travaux de recherche et d'es-

[1] Delangle, n, 488; Cass., 9 juin 1841; D. P., 41, 1, 154.

sais; souvent aussi il faut former une administration provisoire pour réunir les actionnaires, dresser des écritures et discuter avec l'autorité les droits de la compagnie. Quel sera l'effet des engagements? que deviendront les avances et les frais?

Si l'autorisation est accordée, il ne saurait se présenter aucune difficulté. Les engagements qui ont précédé l'autorisation viennent naturellement se fondre dans le passif social et sont payés par la société.

Si l'autorisation est refusée, la société est obligée de se dissoudre et de liquider les opérations faites jusque-là. Mais le défaut d'autorisation amène, comme conséquence, que cette société n'a jamais eu le caractère d'anonyme; elle n'a été qu'une société de fait. Conséquemment, à l'endroit des tiers porteurs d'engagements, chaque associé est personnellement et solidairement tenu.

331. Il n'en est pas de même d'associé à associé; pour eux le défaut d'autorisation n'a d'autre effet que de leur rendre à chacun sa liberté pour l'avenir; ils restent pour le passé sous le coup des obligations par eux respectivement contractées, et qui continuent d'être réglées par les clauses du pacte social. En effet, les conventions, même non opposables aux tiers, ne cessent pas d'être la loi des parties, toutes les fois qu'elles ont un objet licite. Or, accéder à une société anonyme est un acte valable d'où naît un engagement conditionnel. Ne pas attendre l'événement de la condition n'a rien d'illicite en lui-même. Il est donc juste que chacun de ceux qui l'ont ainsi voulu soit tenu con-

formément à la convention librement et volontairement souscrite [1].

Mais, comme l'observent MM. Troplong et Delangle, cette solution suppose que chaque actionnaire a connu et su que la société n'était pas encore autorisée. Celui qui ne serait devenu tel que sur la fausse croyance que l'autorisation avait été concédée, tenu, il est vrai, envers les tiers, ne le serait nullement vis-à-vis des associés; il pourrait au contraire leur demander la restitution de tout ce qu'il aurait versé, alors même que la fausse croyance ne lui aurait pas été frauduleusement inférée, et quelque prolongée qu'eût été la durée de la société de fait [2].

Il est une autre exception que l'associé pourrait invoquer, à savoir, l'absence de tout consentement de sa part à ce que les opérations commençassent avant l'autorisation. Et effet, ces opérations ne peuvent lier que ceux qui ont voulu en courir la chance et qui ont consenti à leur réalisation. Personne ne peut être engagé contre sa volonté ni subir les conséquences d'un acte auquel il est demeuré étranger.

Donc l'associé qui n'aurait pas consenti à ce que les opérations fussent commencées avant d'avoir reçu l'autorisation du gouvernement aurait le droit de se faire rembourser l'intégralité de son versement.

332. Ici comme toujours le consentement peut être

[1] Paris, 20 février 1819; Toulouse, 16 juillet 1825; Cass., 21 juin 1826; D. P., 26, 1, 346, 2, 31; Caen, 7 août 1844; J. D. P., t. I, 1845, p. 637; Troplong, n. 476; Delangle, n. 480 et suiv.

[2] Cass., 9 juin 1841; D. P., 41, 1, 210.

exprès ou tacite; mais on ne saurait faire résulter celui-ci que de faits amenant nécessairement à cette conséquence.

On ne saurait le faire résulter notamment 1° de la signature donnée à l'acte social.

En effet, celui qui souscrit à une société anonyme sait fort bien que le sort de cette société dépend de la décision du gouvernement; que son engagement n'est que conditionnel et ne deviendra définitif que par l'autorisation; en un mot que l'acte auquel il s'associe n'est qu'un projet: comment donc trouver dans son adhésion un consentement à ce que les opérations précèdent cette autorisatation.

2° Du payement des actions souscrites, si ce payement n'est que l'exécution d'une clause de l'acte portant que l'action doit être payée comptant. Il en est du payement comme de l'engagement qu'il réalise. Il ne sera définitif que si la société est régulièrement approuvée et autorisée. En conséquence, dit avec raison M. Pardessus, les actionnaires qui ont versé leur mise seront bien fondés, si l'autorisation est refusée, à soutenir qu'elle doit leur être restituée, et que le gérant, en commençant les opérations, a excédé le mandat qui lui avait été donné et qui n'était que conditionnel.

Mais cette prétention serait inadmissible si la mise avait été versée avant l'autorisation, quoique l'acte ne la déclarât payable qu'après. Ce versement, suivi de l'ouverture des opérations, ferait présumer qu'on y a consenti. Cette présomption deviendrait une certitude, si l'actionnaire n'avait fait ce payement qu'après

avoir coopéré à la nomination d'un administrateur, ou qu'en vertu d'une délibération ordonnant l'ouverture des opérations. Il importerait peu, dans ce cas, que l'actionnaire eût été ou non présent à la délibération. Il suffirait qu'il eût sciemment versé sa mise pour être considéré comme ayant consenti à commencer avant l'autorisation [1]. Le consentement tacite s'induirait également de ce que les actionnaires auraient laissé les opérations s'accomplir à leur vu et su, sans aucune réclamation de leur part [2].

333. Quant aux frais nécessaires pour obtenir l'autorisation, ceux de gestion provisoire seront-ils à la charge de la société, c'est-à-dire des actionnaires?

Si l'autorisation est refusée, la question sera décidée par les termes des statuts, comme si les fondateurs avaient déclaré qu'ils s'obligeaient à poursuivre l'autorisation à leurs frais, péril et risques. A défaut de cette clause, ces frais étant exposés dans un intérêt général, chaque actionnaire devrait y contribuer au marc le franc de sa souscription.

Si la société est autorisée, ces frais viendront se fondre dans son passif et demeureront ainsi à la charge des actionnaires, à moins cependant qu'ils n'aient été vendus et compris dans l'apport social; ou qu'il ne soit établi qu'ils doivent être supportés personnellement par le directeur ou fondateur.

Nous trouvons un exemple de la première hypothèse dans un arrêt de la Cour de cassation du 1er avril

[1] Caen, 7 août 1844; J. D. P., t. I, 1845, p. 637.
[2] Pardessus, n. 1040.

1834. Dans cette espèce, des travaux ayant été exécutés longtemps avant que l'autorisation fût accordée, les statuts sociaux déclaraient : 1° Les travaux préparatoires sont au nombre des objets formant la première partie du fonds social; 2° l'action représente un cinquantième des travaux déjà exécutés. Dans ces clauses, la Cour d'appel avait vu une véritable vente dont les fondateurs avaient reçu le prix par les actions qu'ils avaient reçues en échange de leur apport; elle refuse en conséquence de les admettre au profit de la société, parce qu'il y aurait double emploi. Cette appréciation reçut la sanction de la Cour régulatrice [1].

La seconde hypothèse dépend des faits et circonstances. Il peut en effet apparaître de leur ensemble que les fondateurs ont consenti à rester personnellement chargés de tous les frais, soit pour encourager les adhésions, soit en compensation des fonctions largement rétribuées qu'ils obtiennent; il est vrai que ces fonctions n'en demeurent pas moins révocables, mais ils en jouiront au moins quelque temps. Dès lors il serait d'autant moins juste qu'ils se fissent payer des travaux préliminaires, qu'ils en recueillent le fruit, tandis qu'ils auraient été complétement perdus pour eux si la société ne s'était pas organisée [2].

334. Le refus d'autorisation rétroagit forcément sur le passé, en ce sens qu'il n'y a jamais eu société anonyme. Mais, jusqu'à ce refus, l'acte devant régir la

[1] D. P., 34, 1, 171.
[2] Troplong, n. 477.

société future n'en a pas moins été valable, n'en a pas moins obligé les signataires.

De là cette double conséquence : 1° Aucun des signataires ne peut se retirer contre le gré des autres. Le refus d'autorisation lui rendra seul sa pleine et entière liberté. Cet engagement peut se prolonger bien longtemps; mais il a été admis qu'en cas de trop longs retards l'associé peut demander contre les autres la détermination judiciaire d'un délai, passé lequel il lui sera libre de se retirer;

2° Si la dissolution, par suite du refus d'autorisation, élève des difficultés, les parties seront obligées de recourir à l'arbitrage ; il en serait à plus forte raison ainsi pour le règlement et la liquidation des opérations réalisées avant que le gouvernement eut prononcé.

Mais dans l'un comme dans l'autre cas, la nécessité d'arbitrer ne naîtrait pas de la clause compromissoire que l'acte pourrait renfermer; elle résulterait de la nature même de l'opération. Nous avons déjà dit qu'un projet de constituer une société anonyme constitue entre les signataires une société de fait, les soumettant, en cas de contestation, à l'application de l'art. 51 C. comm. [1].

335. Une autre conséquence du caractère obligatoire de l'acte pendant l'instance en autorisation est de permettre aux souscripteurs de vendre leurs actions et de substituer leur cessionnaire à leurs obligations comme à leurs droits. Le refus d'autorisation rendant toute émis-

[1] Rouen, 10 janvier 1840; Lyon, 2 avril 1841 ; J. D. P., t. I, 1840, p. 494; 1, 1844, p. 786.

sion définitive d'actions impossible, ne conférerait pas au cessionnaire le droit de faire rétracter la cession. Vainement objecterait-il qu'on ne peut lui délivrer la chose vendue, et que dès lors la vente est nulle, on lui répondrait qu'en achetant des promesses d'action, ou des actions provisoires dans une société anonyme non encore autorisée, la cession n'a porté que sur une chose aléatoire, qu'il a donc volontairement couru la chance d'un refus d'autorisation. Dès lors, ce refus se réalisant, il doit en supporter les effets, son cédant n'étant obligé de garantir que l'existence de la chose vendue au jour de la vente [1].

336. Il arrive quelquefois que pour ne pas perdre un temps précieux, et pour profiter d'une crise favorable, des commerçants ont d'abord fondé une société en commandite, qu'ils demandent plus tard à convertir en société anonyme. Devait-on autoriser cette conversion ?

Rien, a-t-on dit, ne saurait s'y opposer. C'est le même personnel, les mêmes associés ; tout continue, l'actif, le passif; rien de changé, rien à changer par conséquent sinon le titre.

Il y a bien quelque chose à changer, répond M. Emile Vincens, et quelque chose de fort grave; ceux qui étaient responsables et solidaires ne le sont plus. Sans doute ce ne sera que pour l'avenir, ils resteront tenus pour le passé. Mais combien facilement, dans une gestion non interrompue, le passé et le présent se

[1] Lyon, 26 avril 1827 ; Cass., 8 et 18 février 1831.

confondent ! Les affaires continuant, on ne saurait où placer la limite de la responsabilité entre l'ancienne société et la nouvelle. Les répondants disparaissent par des transmissions d'actions; les garanties des anciens créanciers se dilapident, mêlées dans les propriétés de la société non responsable; mais bien plus souvent la nouvelle société paye pour l'ancienne; l'argent des actionnaires nouveaux venus ne sert qu'à combler les vides de la vieille caisse [1].

C'est pour ce système que s'est prononcé le Conseil d'Etat. En conséquence il n'admet pas la conversion; il exige qu'il y ait eu solution de continuité entre les deux sociétés; que l'ancienne se liquide elle-même et qu'on recommence. Indépendamment des inconvénients que nous venons de rappeler, cette exigence est fondée sur des considérations d'une haute et légitime puissance. Il faut, ajoute fort bien M. Emile Vincens, que le capital de la société anonyme soit de l'argent ou des valeurs équivalentes et aussi liquides, au moment où elle se fonde. Les intéressés d'une société précédente ne peuvent donc apporter à la nouvelle que leurs rentrées effectuées, et non des assignations sur des produits incertains; des valeurs libres, et non une complication d'actif et de passif avec l'espérance que le premier surpassera le second. Une société anonyme doit commencer avec un capital ne devant rien à personne; elle ne peut avoir pour tel des comptes à règler. En un mot, elle est sans prédécesseurs. Elle ne

[1] *Des Sociétés par actions*, p. 51.

saurait accepter aucun héritage, pas même sous bénéfice d'inventaire. Toutes ses affaires doivent être neuves comme elle.

Ce motif justifierait à lui seul la jurisprudence du Conseil d'Etat. Elle protége ainsi et les créanciers de l'ancienne société et ceux de la nouvelle, en rendant au capital de l'une et de l'autre sa spécialité propre, sa destination naturelle.

Mais ce motif explique également pourquoi les tribunaux ont validé quelquefois, comme traité, ce que le Conseil d'Etat a repoussé comme conversion de société.

Ainsi, par exemple, l'exploitation des mines, forges et fonderies du Creuzot et de Charenton, s'effectuait par une société en commandite. En 1827, la dissolution de cette société et sa conversion en société anonyme furent résolues : une clause des statuts soumis à l'approbation du gouvernement portait que la société anonyme succéderait à la commandite, sans solution de continuité, et qu'elle recevrait l'actif de cette dernière sous la condition de se charger à forfait de son passif. Mais cette fusion fut repoussée par le gouvernement, qui n'approuva les statuts qu'après avoir exigé et obtenu le retranchement de cette clause.

La société anonyme étant autorisée, l'assemblée générale prend une délibération par laquelle elle autorise le Conseil d'administration à conclure un traité à forfait en vertu duquel la société anonyme serait chargée de terminer la liquidation de l'ancienne société, aux conditions qui seraient jugées convenables,

et qui tendraient à opérer une fusion totale du passif et de l'actif de la liquidation dans l'ancienne société. Ce traité fut conclu et exécuté.

Après la faillite de la société anonyme, cette opération devint l'objet d'un litige; on en demanda la nullité sur le motif principal que le gouvernement ayant formellement repoussé la fusion, il n'avait pu se faire que l'assemblée générale l'eût permise et autorisée; que sa délibération violait ouvertement l'ordonnance d'autorisation, et n'avait pu dès lors créer un lien obligatoire.

On répondait que le refus du gouvernement était motivé sur ce que l'apport en société d'une liquidation d'une société précédente ne constituait pas un capital social régulier et satisfaisant; mais qu'à la suite de ce refus, un capital réel ayant été fourni, son emploi concernait uniquement la société; que la liquidation d'une société précédente étant dès lors une opération ordinaire, l'assemblée générale avait valablement délibéré de la réaliser.

Ce système, admis par la Cour de Paris, le fut ensuite par la Cour de cassation [1]. Cette solution peut être regrettable au point de vue des inconvénients que nous avons vu devoir résulter de la fusion; à l'endroit surtout du fonds capital qu'on emploiera à payer les dettes de la précédente société; mais en droit il faut reconnaître qu'elle est d'une légalité incontestable. La différence de position explique celle dans les résultats.

[1] 9 Mars 1841 ; J. D. P., t. I, 1844, p. 484.

On peut trouver qu'une liquidation n'est pas un apport convenable; mais accepter plus tard cette liquidation n'est plus qu'un acte d'administration rentrant dans le domaine exclusif de la société, et que la majorité des actionnaires a dès lors qualité pour prescrire.

337. Si la conversion de la commandite en société anonyme n'est pas permise, rien n'empêche, après le refus d'autorisation, de faire de la société anonyme projetée une société en nom collectif ou en commandite. Les parties jouissent à cet égard de la plus entière liberté, de la plus grande latitude.

Mais il est évident que cette conversion ne serait obligatoire que pour ceux qui l'auraient expressément consentie. Il ne peut même s'agir, dans cette circonstance, d'une délibération quelconque, d'abord, parce que la société anonyme étant impossible par le refus d'autorisation, il n'y a plus d'assemblée générale légale; ensuite parce qu'en admettant le contraire, comme il s'agirait de changer le contrat primitif, de substituer aux obligations en résultant celles qu'entraînerait la société admise, nul ne saurait être contraint à accepter l'un et l'autre.

Ainsi la conversion doit réunir l'unanimité; à défaut, ceux qui s'y opposeraient auraient le droit de se faire rembourser et de poursuivre au besoin la liquidation de la société de fait ayant existé jusque-là.

ARTICLE 38.

Le capital des sociétés en commandite pourra être aussi divisé en actions, sans aucune autre dérogation aux règles établies pour ce genre de société.

SOMMAIRE.

338. Caractère de cette disposition. Position des actionnaires.
339. Difficulté qu'elle a soulevée au regard des actions au porteur ; solution.
340. Appréciation.
341. Inconvénients de la faculté donnée par l'art. 38.
342. Ses conséquences.

338. Cet article n'est pas susceptible de développements. La société en commandite, dont le capital est divisé en actions, participe de la société anonyme à l'endroit des devoirs et des droits des actionnaires. Mais les uns et les autres se modifient par les règles spéciales de la commandite dont la loi n'a pas entendu se départir.

Ainsi les actionnaires de la commandite sont soumis à toutes les prohibitions faites aux commanditaires ordinaires. Ils ne peuvent notamment s'immiscer dans la gestion, même à titre de mandataires du gérant, sans devenir solidairement et indéfiniment tenus de toutes les dettes sociales.

339. La seule difficulté sérieuse que l'art. 38 ait fait naître est celle de savoir si les actions de la commandite peuvent être au porteur. Cette question a été l'objet d'une discussion approfondie dans l'affaire Armand Lecomte. Une savante consultation de MM. Dupin

aîné et Persil soutenait la négative; mais l'opinion contraire, développée d'une manière remarquable par M. Devaux (du Cher), prévalut. Elle fut consacrée par la Cour de Paris, le 7 février 1832 [1].

Depuis, M. Troplong a énergiquement appuyé la doctrine de l'arrêt, dont le caractère juridique ne rencontre plus de sérieuses objections.

340. Il faut le reconnaître néanmoins, on a victorieusement répondu à certains arguments de l'opinion contraire, mais il en est un qui n'a pas encore été complétement réfuté. L'action au porteur, a-t-on dit, rend illusoire la prohibition d'administrer faite aux commanditaires, en lui enlevant toute sanction pénale. La négociation de l'action, sa possession même ne laissant aucune trace, comment savoir si l'administrateur est ou n'est pas actionnaire? comment surtout le convaincre?

Cet argument ne serait exact, dit M. Troplong, que s'il était prouvé que l'immixtion échappe nécessairement aux recherches des tiers; or, il est impossible de soutenir une proposition aussi exagérée; on a pour soi tous les moyens de justification autorisés par la loi: les livres, la correspondance, la notoriété publique, les aveux, le serment, la participation aux bénéfices, la réception des intérêts.

Nous n'oserions dire qu'en niant, non pas l'impossibilité de prouver l'immixtion, mais celle de justifier que celui qui en est convaincu fût un actionnaire,

[1] D. P., 32. 2, 107.

M. Troplong nie l'évidence, mais nous constatons qu'il ne peut taxer cette proposition d'exagération, qu'en exagérant lui-même l'efficacité du remède qu'il indique. Que prouveront les livres, la correspondance, la notoriété publique, les aveux? Que la personne attaquée a réellement administré? Oui. Qu'elle a été en possession d'une ou de plusieurs actions? Peut-être. Mais pourront-ils fixer le moment de la négociation et prouver, contrairement à l'assertion qui en sera faite, qu'elle a été postérieure à l'immixtion? Non, évidemment, peut-on répondre sans crainte.

Le serment! il est bien rare que celui qui soutient devant la justice un système quelconque recule devant le serment qui lui est demandé; ce n'est pas d'aujourd'hui qu'on le pratique ainsi, témoin cet adage universellement répandu : *Qui nie jurera.*

Nous reconnaissons que la participation aux bénéfices et la réception des intérêts seraient décisives contre l'actionnaire. Aussi peut-on, par cela même, hardiment admettre que loin de pouvoir être invoquées contre lui, ces deux circonstances le seront pour lui. Il est évident qu'en s'immisçant dans la gestion, ce qui le rend débiteur solidaire, il a trop d'intérêt à dissimuler sa qualité pour qu'il aille la divulguer et la prouver par écrit. En conséquence, les intérêts et les bénéfices lui revenant seront quittancés par un prête-nom chargé de les lui remettre, et cette fraude, tout en lui en assurant le profit, lui donnera le moyen de soutenir qu'il n'était pas ou qu'il n'était plus associé au moment où il s'est mêlé de la gestion.

La difficulté, disons mieux l'impossibilité de prouver est donc réelle. Au demeurant, ajoute M. Troplong, et quoi qu'il en soit, tant pis pour les tiers; ils ont, en traitant avec la société, accepté cette difficulté ; ont-ils donc le droit de se plaindre de ne pas se trouver un peu plus à leur aise ?

Mais quand même ils n'auraient pas ce droit, leur contesterait-on celui d'accuser le législateur d'avoir manqué à un devoir essentiel? Ce n'est pas tout de réprimer et de punir la fraude, il vaut encore mieux la prévenir et l'empêcher, surtout dans le cas où la facilité qu'elle a de se produire la rend imminente et prochaine.

C'est là un devoir auquel le législateur a bien rarement manqué. C'est à lui qu'il obéissait naguère lorsqu'il prohibait aux commanditaires d'agir comme mandataires. On aurait pu cependant, dans cette circonstance, s'écrier : Tant pis pour les tiers ! en traitant avec la société ils ont accepté le fait dont ils ne sont plus admissibles à se plaindre.

C'est pourtant la prohibition absolue qui a prévalu, et M. Troplong lui-même a applaudi à cette prescription. Ce qui serait résulté du contraire, c'est, nous disait-il, que, se réduisant au rôle apparent d'actionnaires, les véritables intéressés mettraient à la gérance un homme de paille, un valet, sous le nom duquel ils auraient administré eux-mêmes comme mandataires. Amoindris en apparence derrière un mandat trompeur, ils auraient eu en réalité la haute main sur l'administration, ils en auraient réglé l'ensemble et les détails; ils auraient

mis leur industrie au service de leurs capitaux ; puis, le désastre arrivant, ils auraient prétendu avoir cédé depuis longtemps leurs actions ; ils se seraient retirés laissant les créanciers se débattre avec un éditeur responsable sans responsabilité réelle [1].

Il n'est pas un de ces inconvénients qui ne soit mille fois plus facile, mille fois plus à craindre dès lors, avec les actions au porteur. Il est donc fort extraordinaire qu'on ne recule pas devant la contradiction manifeste dans laquelle on jette la loi. En effet, on lui fait permettre, par le moyen des actions au porteur, ce qu'elle a formellement prohibé dans l'hypothèse du mandat.

Nous avons raison de le dire, l'argument n'a pas été encore victorieusement répondu. La porte ouverte à la fraude est beaucoup trop large pour que celle-ci ne soit pas tentée d'en profiter. On aurait dû, on devrait donc ne pas lui laisser cette issue.

341. Au reste, ce que nous regrettons, ce n'est pas seulement l'introduction des actions au porteur, mais encore la permission de diviser, dans la commandite, le capital en actions. Ce qui peut en résulter était formellement prévu par le prince archichancelier, s'écriant : *On formera une société prétendue en commandite ; une seule personne paraîtra ; cependant on divisera l'intérêt entre des personnes qui se présenteront, et auxquelles on donnera facilement le nom de commanditaires. Ainsi, la société sera vraiment anonyme ; elle pourra cependant exister sans l'autorisation du gouvernement.*

[1] N. 422.

M. Troplong trouve ces idées confuses. La société ne sera pas anonyme, car il y aura un gérant responsable et solidaire. Nous pouvons, sans trop de témérité, supposer que Cambacérès ne l'ignorait pas; mais ce qui le préoccupait, c'était moins l'existence d'un de ces gérants responsables sans responsabilité réelle, commo le dit si bien M. Troplong, que le danger de voir toutes sortes de sociétés s'établir en dehors du contrôle si justement réservé au gouvernement. Sur ce point, il faut avouer que la pratique est venue justifier d'une manière puissante les prévisions de l'archichancelier. Tous les industriels qui ont voulu spéculer sur la crédulité publique, et s'enrichir aux dépens de leurs dupes, se sont bien gardés de recourir à la société anonyme; leurs projets n'auraient pas supporté les regards et les investigations de l'autorité : ils ont recouru à la commandite par actions, sans trop s'effrayer de la responsabilité indéfinie à laquelle ils s'exposaient, et dont ils avaient d'avance le moyen de se dégager en arrêtant la société comme impraticable, dès qu'ils avaient avantageusement vendu leurs actions.

Ce qui est véritablement effrayant, c'est la progression énorme de ces funestes spéculations. Une statistique officielle nous apprend qu'en 1826 il existait trente-deux sociétés en commandite par actions, embrassant un capital de 56,387,000 francs. Douze ans après, c'est-à-dire en 1838, il en existait MILLE TRENTE-NEUF, représentant un fonds d'UN MILLIARD HUIT MILLIONS, VINGT-NEUF MILLE TROIS CENTS FRANCS, divisé en QUINZE

CENT HUIT MILLE SIX CENT QUATRE-VINGT-SIX ACTIONS !

Presque toutes ces sociétés, observe M. Delangle, étaient une œuvre d'escroquerie et de fraude ; c'est pour tromper les actionnaires, pour les dépouiller, et se faire, à leurs dépens, d'insolentes fortunes, qu'elles étaient imaginées. Des immeubles sans valeur, et d'une exploitation commercialement impossible, ont été apportés à des sociétés naissantes, et pour des sommes immenses. Des brevets d'invention, d'un produit incertain ou nul, ont servi de bases à des associations de plusieurs millions. Des piéges de tout genre ont été tendus à la crédulité ; et les actionnaires, dépravés par le funeste exemple de fortunes rapidement acquises, se sont abandonnés à la passion du jeu. On n'a pas acheté des actions pour profiter des gains honnêtes du commerce, mais pour agioter. La contagion alors a gagné tout le monde, la corruption a gagné tous les cœurs [1].

Quelle a donc été la cause de ce désordre ? L'art. 38 du Code de commerce et la faculté qu'il confère. Cambacérès avait donc raison de le combattre ; et si son opinion eût prévalu, il est à peu près certain que, des mille trente-neuf sociétés existant en 1838, il y en aurait eu à peine cent qui eussent été autorisées. Que de scandales, que d'immoralités de moins ! Combien de ruines évitées ! que de victimes sauvées ! Tout au moins peut-on regretter qu'il en ait été autrement, sans être,

[1] N. 506. Faut-il rappeler que les journaux nous annonçaient naguère que pour empêcher les femmes d'aller agioter à la Bourse, la police de Paris a été obligée d'en arrêter quelques-unes ! ! !

ni paraître aussi déraisonnable que veut bien l'admettre M. Troplong.

342. En résumé, l'article 38 du Code de commerce est l'abrogation implicite des articles 27 et 28; il rend à peu près illusoire la prescription de l'article 37. Ce dernier effet est d'autant plus regrettable, qu'il fait disparaître le bénéfice des précautions sagement prises dans l'intérêt public.

Rien ne garantit plus la réalité des moyens sociaux annoncés, la possibilité de l'exploitation, le caractère sérieux de l'entreprise.

Le fondateur de la société peut donner à l'objet qu'il offre, comme la matière de la société, la valeur qu'il juge convenable à ses intérêts. Sans doute, et par rapport aux tiers, la responsabilité indéfinie à laquelle il est tenu affectant toute sa fortune, cette évaluation exagérée n'aurait aucun fâcheux résultat, si, par une dissimulation frauduleuse, il ne fait pas passer ses ressources sur la tête d'un autre. D'ailleurs, cette manœuvre sera plutôt dirigée contre les actionnaires que contre les tiers aux poursuites desquels il y a convenance de se soustraire. Voici, en effet, ce qui arrivera :

Un propriétaire achète un immeuble 100,000 fr.; il le met en société pour 1 million, divisé en mille actions de 1,000 francs; il souscrit lui-même pour cent actions.

Il est possible que l'immeuble pût valoir 1 million, si son exploitation était organisée et prospère; mais le fondateur, qui, par des manœuvres adroites, est parvenu à placer les neuf cents actions restant, et à en-

caisser ainsi 900,000 francs, s'arrête et déclare que l'établissement ne peut marcher. On liquide la société, on vend l'immeuble 100,000 fr., ce qui donne pour chaque actionnaire le dixième de sa mise; mais le propriétaire se retire avec 900,000 francs, au lieu de l'immeuble de 100,000 francs qu'il possédait avant la société [1].

Aucun contrôle n'étant exercé sur la nature des actions, le fondateur les prodiguera; non-seulement il en créera d'industrielles sans mise aucune, mais encore de rémunératoires pour les peines et soins qu'il prétendra avoir pris, et pour attacher plus fortement à la société ceux dont le concours peut utilement servir sa spéculation. De telle sorte que le capital se bornant aux versements des actions payantes, les bénéfices se diviseront en des proportions telles qu'ils en deviendront illusoires.

On n'aurait donc pas dû permettre la division en actions du capital de la commandite. Sans doute, cette division favorise le développement des opérations commerciales; mais cet effet, la société anonyme le donnait d'une manière plus légitime, et en offrant au public toutes les garanties désirables. D'ailleurs, après l'expérience de ces derniers temps, la question devrait être tranchée. L'article 38 devrait être purement et simplement abrogé.

[1] Frémery, *Études sur le droit comm.*, p. 62.

ARTICLE 39.

Les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'art. 1325 *Code Nap.*

ARTICLE 40.

Les sociétés anonymes ne peuvent être formées que par des actes publics.

ARTICLE 41.

Aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de cent cinquante francs.

SOMMAIRE.

343. Importance de la preuve de l'existence de la société. Ce que voulaient à cet égard le droit romain et notre ancien droit français.
344. Edit de 1579 spécial contre les étrangers. Son application aux nationaux par l'ordonnance de 1623.
345. Ordonnance de 1673.
346. Pouvait-on, sons son empire, prouver l'acte de société par témoins, en se fondant sur un commencement de preuve?
347. *Quid,* sous le droit actuel?
348. Depuis le Code, la société anonyme doit être constatée par acte public seulement.
349. Les sociétés en nom collectif ou en commandite peuvent l'être également par acte sous seing privé. Forme de celui-ci.
350. Conséquences de l'application de l'article 1325 C. Nap. aux actes de société.
350 *bis.* Exception à la faculté de rédiger l'acte de société sous seing privé.

343. L'existence de la société est bien souvent pour les associés, mais surtout pour les tiers, d'une importance capitale. Cette importance grandissant à mesure que le commerce recevait des développements nouveaux, le législateur se trouva en demeure de la réglementer.

En droit civil, soit à Rome, soit en France, le contrat de société était considéré comme un contrat consensuel. Le consentement suffisait à sa perfection, quelle que fût la forme que lui donnaient les parties. *Societatem coire et re et verbis, et per nuntium posse nos, dubium non est* [1], ce qui signifie, disait le président Favre, *qu'il est permis de prouver la société par tous les moyens de preuve, par l'écriture solennelle ou non solennelle, par les paroles et même par les faits* societati consonantibus.

Pendant longtemps, la société commerciale n'eut pas d'autres règles. En Italie, elle pouvait être tacite ; au témoignage de Straccha [2], elle ne reposait que sur la parole des contractants et sur les caractères de leurs livres. Cependant, sur certaines places de commerce, l'usage de la rédiger par écrit avait prévalu, sans ce-

[1] L. 4 ff. *Pro socio.*
[2] *Decis. Rotæ Genuæ*, 31, n. 2.

pendant qu'aucune sanction pénale en recommandât l'observation.

344. Le premier monument législatif prescrivant de rédiger par écrit les actes de société et de les publier est l'ordonnance de Blois de 1579. Mais comme, à cette époque, le commerce français était presque en entier entre les mains d'étrangers, d'Italiens notamment, c'est pour eux seuls que dispose l'édit, dont le but était de protéger les nationaux contre leur avidité et leurs fraudes.

Aussi l'article 357 leur défend-il de *lever banque sans qu'au préalable ils ayent baillé caution rescéante et solvable de la somme de* 1,500 *écus sol, laquelle, si besoin est, ils seront tenus de renouveler de trois ans en trois ans*. A cette disposition, empruntée à l'art. 38 de l'édit de Roussillon, de janvier 1563, l'ordonnance ajoute : *Voulons que toutes compagnies ja faites ou qui se feront cy après entre les dits étrangers estant en notre royaume soient inscrites et enregistrées aux registres des bailliages, sénéchaussées et hostels communs des villes, où ils seront tenus de nommer et déclarer tous leurs partisans ou associés sous peine de faux.*

Cette précaution qu'on prenait contre les étrangers devint bientôt nécessaire contre les régnicoles. Ceux-ci, en empruntant aux premiers l'exercice du commerce, les copiaient dans leurs fraudes. Dans maintes circonstances, le défaut de traces de la société permettait aux associés, non-seulement de ne pas contribuer aux pertes, mais encore de venir, comme créanciers, prendre part à la distribution de l'actif social.

Les plaintes qui avaient retenti contre les étrangers se firent entendre contre le commerce français avec un ensemble et une gravité tels que le législateur crut devoir les accueillir. L'ordonnance de janvier 1629, connue sous le nom de Code Michaud, art. 414, disposa : *Voulons que l'article* 357 *de l'ordonnance de Blois, touchant la publication des associations entre marchands et désistement d'icelles, ait lieu entre nos sujets, ainsi qu'il est ordonné pour les étrangers.*

Mais on sait les difficultés que cette ordonnance souleva, et la résistance que les Parlements mirent à l'enregistrer. Ce qui résulta de ces longs débats, c'est que, profondément atteinte dans son autorité, l'ordonnance demeura bientôt une lettre morte, même dans cette disposition dont l'utilité surgissait, des réclamations unanimes l'ayant provoquée.

345. Au reste, une fois signalé, le principe exigeant une preuve écrite pour les sociétés devait fixer l'attention du législateur ; aussi le retrouvons-nous dans la célèbre ordonnance de 1673.

Jusque-là l'acte écrit n'était qu'une conséquence forcée de la nécessité de le faire enregistrer. A partir de 1673, cet acte fut littéralement prescrit. L'art. 1er du titre IV ne se contente pas de l'exiger, il proscrit, en outre, toute preuve par témoins contre et outre le contenu en l'acte, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis. L'article 2 prescrit ensuite que l'extrait de l'acte soit registré au greffe de la juridiction consulaire, mais pour des sociétés entre marchands seulement.

346. La nécessité de cet enregistrement indiquait que ces sociétés ne pouvaient être établies que par un acte écrit et formel. En était-il de même pour les sociétés dispensées de l'enregistrement et du dépôt? L'art. 1er s'opposait-il à l'admission de la preuve orale, si, à défaut d'acte, il existait un commencement de preuve par écrit ?

La négative avait été sanctionnée par la doctrine et la jurisprudence. L'article 1er, disait Merlin, ne dit que ce que disait avant lui l'article 2 du titre XX de l'ordonnance de 1669, pour les contrats en général. Or, les dispositions des lois antérieures, non contraires aux lois postérieures, sont censées se retrouver dans celles-ci, et doivent y être sous-entendues. Dès lors, l'article 3 de l'ordonnance de 1669, titre XX, qui veut que la preuve testimoniale dans les matières où elle est défendue par l'article 2, et conséquemment dans les sociétés dont l'objet est au-dessus de 100 livres, soit admise à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, n'est pas contraire à l'article 1er, titre IV, de l'ordonnance de 1673, qui veut que les sociétés ne puissent pas être prouvées par témoins. Il faut donc nécessairement adapter à cet article l'exception que l'ordonnance de 1667 met par son article 3 à son article 2[1].

347. Le Code de commerce a suivi les errements de l'ordonnance de 1673. Les articles 39 et 41 établissent la nécessité de l'acte écrit. L'article 42 en exige

[1] Voir Delangle, n. 508.

le dépôt, quelle que soit la qualité des parties contractantes.

Les termes de l'article 39 diffèrent quelque peu de ceux de l'article 1er, titre IV de l'ordonnance. Toutes sociétés en nom collectif ou en commandite, dit le législateur nouveau, doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée. Cette disposition, dit Merlin, est plus impérieuse dans le Code qu'elle ne l'était dans l'ordonnance. En conséquence, sous son empire, rien ne peut, pour les associés entre eux, tenir lieu de l'acte de société [1]. Telle est également l'opinion de M. Pardessus; telle est la doctrine de la Cour de cassation [2].

De là, on a conclu que le commencement de preuve par écrit, que l'aveu même de la partie ne pourrait être invoqué pour établir l'existence de la société.

Cette conclusion serait irréfragable s'il s'agissait, à l'aide d'une preuve orale, fondée sur un commencement de preuve par écrit, de faire maintenir la société pour l'avenir. Mais, dans cette hypothèse même, nous n'admettons pas la doctrine de MM. Merlin et Pardessus, de la Cour de cassation. Nous croyons, en effet, que ce qui était admis sous l'empire de l'ordonnance ne saurait être repoussé sous le Code. A son tour, l'art. 39 ne dit pas autre chose que ce qui est consacré par l'article 1341 Cod. Nap. On doit donc adapter à sa disposition l'exception consacrée par l'article 1347. Puisqu'en toute matière le commencement de preuve par

[1] Rép., vo *Société*, sect. 3, § 2, art. 2.

[2] 12 décembre 1815, 18 décembre 1828; D. P., 26, 1, 102; 29, 1, 69.

écrit rend la preuve orale admissible, pourquoi ferait-on exception pour les sociétés ?

Ce qui devrait faire repousser la preuve orale dans notre hypothèse serait donc, non pas son irrecevabilité mais son inefficacité. En effet, la validité de la société dans l'avenir ne tient pas seulement à l'existence de l'acte ou du fait de l'association, il faut encore que cet acte ait reçu la publicité exigée par l'art. 42, sous peine de nullité. Or, le commencement de preuve par écrit ne saurait faire que cette publicité eût existé. A quoi bon, dit l'ordonnance, la preuve d'une société qui, prouvée qu'elle fût, n'en devrait pas moins cesser d'exister ? *Frustra probatur, quod probatum non relevat.*

Mais repousser la preuve orale malgré le commencement de preuve, lorsque, la nullité de la société dans l'avenir étant admise, il ne s'agit plus que de fixer la nature des relations ayant existé jusque-là entre les parties, nous paraît une énormité. Quelles peuvent être, en effet, dans cette hypothèse, les conséquences de la preuve orale ? De constituer une créance, de créer une obligation, un droit, d'établir une libération ? Mais la loi civile elle-même ne répugne à aucun de ces résultats ; elle les consacre même lorsqu'il existe un commencement de preuve.

Pourquoi donc déciderait-on le contraire sous l'empire de la loi commerciale ? Pourquoi le commerçant actionné en remboursement d'une somme quelconque ne pourrait-il pas prouver qu'il ne l'a reçue qu'à titre de mise sociale, et qu'il ne doit dès lors la restituer que

prélèvement fait de la contribution aux dettes sociales ? Comment l'éconduire, surtout si son allégation repose sur un commencement de preuve par écrit ?

Les termes de l'article 39 ne sauraient justifier une pareille détermination ; et ce qui le prouve, c'est ce qui est admis en matière de sociétés civiles.

On a eu pour celle-ci à se demander si la preuve testimoniale était admissible dans le cas d'un commencement de preuve. Ceux qui soutenaient la négative ne manquaient pas de s'étayer des termes de l'art. 1834 C. Nap., conçu dans des termes identiques à ceux de l'article 39. Puisque cet article, disaient-ils, veut que toute société dont l'objet excède 150 fr. soit rédigée par écrit, c'est qu'il a voulu exclure tout autre mode de constatation, et conséquemment la preuve orale qu'il y ait ou non un commencement de preuve par écrit. Mais cette doctrine, d'abord repoussée par la Cour de Toulouse, le fut également par la Cour de cassation, par arrêt du 12 décembre 1825 [1].

Donc, et nonobstant l'article 1834, la société civile peut, à défaut d'un acte écrit, être prouvée par témoins, s'il existe un commencement de preuve. Dès lors l'article 39, qui ne fait en quelque sorte que répéter la disposition de l'article 1834, ne saurait prescrire un résultat différent. On ne pourrait admettre le contraire sans tomber dans cette étrange contradiction, qu'on tolérerait la preuve testimoniale en matière civile, dans laquelle elle est prohibée, et qu'on la re-

[1] D. P., 26, 1. 102.

Digitized by Google

pousserait en matière commerciale, où elle est de droit commun.

Nous distinguons donc. S'agit-il de faire maintenir la société pour l'avenir; la preuve testimoniale, ne pouvant jamais suppléer aux formalités prescrites pour la publicité, est inutile, et doit être repoussée dans tous les cas. S'agit-il, au contraire, du règlement du passé, de fixer la nature des rapports entre les parties jusqu'au moment de l'instance en nullité, la preuve orale obéit aux principes ordinaires, et le commencement de preuve la rend admissible[1].

348. La société doit donc être constatée par écrit. Quant à la forme de l'acte, la loi distingue.

Les sociétés anonymes ne peuvent être constituées que par acte public. « L'acte des sociétés anonymes, dit M. Locré, n'étant pas signé par les actionnaires, mais par ceux qui forment l'entreprise, il eût été très-dangereux de permettre à ces derniers de ne faire que des actes sous seing privé; on leur eût donné la facilité de changer la condition de tous les porteurs d'actions. »

Dans son désir de trouver une raison plausible à la disposition de l'art. 40, Locré ne s'aperçoit pas que celle qu'il donne est inadmissible. Si la substitution dont il paraît se préoccuper est impossible quelque part, c'est sans contredit dans la société anonyme. Le projet d'acte n'est-il pas déposé à la chancellerie? com-

[1] *Conf.* Delangle, n. 511; Paris, 27 janvier 1825; D. P., 25, 2, 150; Douai 11 décembre 1845; J. D. P., t. I, 1846, p. 455.

muniqué au Conseil d'Etat? Il n'y a d'acte de société que celui qui est approuvé, et celui-là est inséré au *Bulletin des lois* concurremment avec l'ordonnance d'autorisation. Comment donc, en cet état, se préoccuper de modifications ou d'altérations?

En réalité, la disposition de l'art. 40 ne répond à aucun besoin. Cependant il est certain que la société anonyme qui s'annoncerait par un acte sous seing privé serait éconduite par le gouvernement.

349. Les sociétés en nom collectif ou en commandite peuvent être rédigées par actes authentiques ou sous seing privé. Dans ce dernier cas seulement, les parties doivent se conformer aux dispositions de l'art. 1325 C. Nap.

Ainsi l'acte qui n'aurait pas été fait, ou qui ne mentionnerait pas qu'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a d'intérêts distincts pourrait être annulé sur la réquisition d'une des parties.

L'exception d'invalidité de l'acte n'est pas opposable aux tiers. D'ailleurs elle ne saurait jamais avoir d'autre résultat que d'entraîner la dissolution de la société, c'est-à-dire de grever l'avenir. Quant au passé, l'existence inattaquée de la société le rendrait obligatoire pour tous.

Ce passé pourrait même assurer l'avenir social, si l'acte, revêtu d'ailleurs de toutes les formalités et publié conformément à la loi, avait été exécuté par celui qui l'attaque; cette exécution créerait contre cette attaque une fin de non-recevoir péremptoire, aux termes de l'art. 1325 lui-même.

350. L'application de l'art. 1325 aux actes de société conduit inévitablement à ces conséquences :

1° Cet article n'exigeant un original que pour chaque partie ayant un intérêt distinct, le même original suffit à toutes les parties ayant le même intérêt. Chacune d'elles aura sans doute un intérêt particulier et personnel, mais ce caractère n'a pas paru devoir entraîner la nécessité d'un original spécial.

Ainsi la Cour de cassation a jugé que dans les commandites il n'y avait que deux intérêts distincts : celui du gérant, celui des commanditaires; en conséquence, quelque nombreux que soient ceux-ci, l'acte de société fait à double original seulement est parfaitement régulier [1] ;

2° Dans tous les cas, il n'est pas nécessaire que l'acte relate exactement le nombre d'originaux. Il suffit qu'il exprime que l'acte est fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, ou même qu'il y a de parties intéressées [2].

3° Que jusqu'à l'enregistrement de l'acte, l'associé qui en est dépositaire peut le compléter en y ajoutant la mention exigée par l'art. 1325. Signer un acte de société, en rendre un des signataires dépositaire, avec la charge de remplir les formalités voulues par la loi, c'est conférer à celui-ci le mandat formel de faire tout ce que la régularité de l'acte exige [3].

350 *bis*. La faculté de rédiger les contrats de société

[1] 20 décembre 1830; D. P., 31, 1, 26.
[2] Bordeaux, 22 mai 1832; Cass., 4 juillet 1833.
[3] Grenoble, 11 avril 1840.

par acte sous seing privé reçoit-elle exception dans l'hypothèse de l'art. 854 C. Nap. ? On connaît cette disposition : il n'est pas dû rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique. Cette exigence rend-elle la forme authentique substantielle? Permet-elle d'y suppléer notamment par l'enregistrement de l'acte sous seing privé, par son dépôt au greffe du tribunal de commerce et son insertion dans les journaux?

Un grand nombre d'auteurs se sont prononcés dans ce dernier sens[1]. Leur opinion se fonde : 1° sur l'absence dans l'art. d'une clause pénale ; 2° sur l'esprit de la loi ; 3° enfin sur les art. 39 et 42 du Code de comm.

En présence de si nombreuses et de si graves autorités, il semble que toute contradiction devient impossible. Mais cette contradiction existe en doctrine. MM. Delvincourt et Delangle, le premier sur l'art. 854, celui-ci sur l'art. 39 de Code de comm., adoptent et enseignent l'opinion contraire.

C'est pour la substantialité de la forme authentique que nous nous prononçons avec ces deux éminents jurisconsultes. A notre avis les raisons sur lesquelles on appuie le contraire ne sont ni concluantes ni admissibles.

1° Absence de clause pénale. Nous ne rencontrons

[1] Malleville et Chabot sur l'art. Toullier, t. IV, n. 477. Malpel, p. 584, 585. Duranton, t. VII, n. 339. Poujol, *Des Succ.*, art. 854. Vazeilles, art. 854, n. 3. Dalloz, *Rép.*, première édition, t. XII, p. 422. Marcadé, sur l'art. 854, n. 339.

là qu'une conséquence directe du caractère de l'article. En matière de successions, le principe général, posé d'ailleurs par l'art. 843 C. Nap., est l'obligation pour chaque successible de rapporter tout ce qu'il a reçu directement ou indirectement de la part du défunt.

Ce principe comportait des exceptions; la première et la plus naturelle naissait de l'exercice de la faculté laissée à l'auteur de dispenser du rapport jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

Puis s'offrait la double hypothèse régie par les articles 853 et 854. Un père peut être amené à contracter avec ses enfants, à s'associer l'un d'eux. Les profits de ces conventions ne sont pas soumis à rapport, mais à condition que la vente, le bail, etc., ne présentaient aucun avantage indirect lorsqu'on les consentait; que la société faite sans fraude ait été réglée par un acte authentique.

A la mort du père, ces exceptions seront réclamées par le fils qui est en mesure d'en invoquer le bénéfice. Ainsi, lorsqu'il s'agira d'une association, celui qui résistera à la demande en rapport des profits invoquera l'art. 854 et voudra se placer sous son égide, mais il ne pourra le faire que s'il se trouve dans les conditions que cet article exige, notamment si les conditions de l'association ont été réglées par un acte authentique.

A défaut, ses cohéritiers lui diront avec raison : Comment vous admettrait-on à vous retrancher derrière une disposition spéciale et limitative. Vous ne pourriez réclamer le bénéfice de l'exception que si vous aviez vous-même accompli les devoirs que la loi vous im-

posait. Subissez donc le sort que vous vous êtes fait vous-même.

Voilà la véritable sanction pénale de l'art. 854, il n'avait pas à en consacrer une autre. Les successibles tenus au rapport doivent justifier l'exception dans laquelle ils veulent se placer. Celui qui se prévaudra de celle consacrée par l'art. 854 ne sera admissible et recevable que s'il remplit les conditions auxquelles cet article attache exclusivement l'exception.

Il faut donc de toute nécessité un acte authentique, et il n'y a de tel que celui qui réunit les conditions prescrites par l'art. 1317 C. Nap.

On a voulu qu'on pût suppléer à cet acte par l'enregistrement du sous seing privé; ceci nous amène à examiner la seconde objection que les partisans de l'opinion que nous combattons tirent de l'esprit de la loi.

Ce que l'article 854 a voulu prévenir, disent-ils, c'est le préjudice qui pourrait résulter pour les cohéritiers par une association après coup, antidatée, et convenue postérieurement aux bénéfices acquis. Dès lors si l'acte de société sous seing privé a été enregistré, déposé au greffe et publié, toute crainte de ce genre disparaissant, l'application de l'art. 854 devient réellement sans objet.

Que les dangers résultant de l'incertitude de la date soient entrés dans les prévisions du législateur, c'est ce qui ne saurait être raisonnablement contesté; mais que tel ait été son but unique, c'est ce que nous ne pouvons admettre. S'il en était ainsi, il s'en fût nettement expliqué, en faisant suivre les mots « acte authen-

tique » de ceux-ci : « ou ayant acquis date certaine. » L'absence de cette locution prouve que l'article a voulu autre chose.

L'acte sous seing privé peut être rédigé par le fils, signé par le père sans le lire, cédant ainsi à l'entraînement ou à une surprise. Les conditions de l'association seront ainsi le fait unique de la partie intéressée qui n'aura pas manqué de se les rendre exclusivement favorables.

Le concours de l'officier public est une garantie contre ce grave inconvénient. De plus, ce concours attestera la liberté, la spontanéité du consentement du père. Tout cela valait la peine d'être recherché.

N'est-ce pas un motif de ce genre qui a fait consacrer l'art. 931 au titre des donations. Pourquoi n'aurait-on pas voulu pour la société ce qu'on exigeait pour la donation la plus minime? L'association est bien plus dangereuse pour la famille, que la donation elle-même, celle-ci portera toujours sur un objet certain, sur une somme déterminée. L'association s'étend à la fortune entière de l'auteur commun, et elle produira souvent cet effet que par une collusion facile à supposer, cette fortune passera sur la tête de l'associé.

La facilité de cette fraude devait éveiller toute la sollicitude du législateur; elle lui prescrivait de veiller au moins à ce que le consentement du père fût certain, spontané, et non le résultat de l'irréflexion, de l'entraînement ou de la surprise. Or, où puiser cette incertitude, sinon dans le concours de l'officier public et dans la solennité de l'acte?

Contester ces motifs, c'est, à notre avis, méconnaître l'évidence, c'est s'arrêter à l'écorce et négliger l'essence ; c'est enfin inexactement interpréter les termes si formels et si positifs de l'art. 854.

On excipe enfin des art. 39, 42 et suiv. du Code de commerce, on veut que le premier ait abrogé l'article 854, et l'on prétend que l'exécution des derniers a rendu authentique l'acte sous seing privé.

Sans doute, au moment où l'on discutait l'art. 854, on était censé ignorer les dispositions futures du Code de commerce. Mais à cette époque, le droit commun des sociétés était ce qu'il a été depuis. La faculté de les rédiger par acte sous seing privé était formellement consacrée par l'ordonnance de 1673. Donc, en dérogeant à cette faculté, l'art. 854 dérogeait à toute disposition de la même nature que l'avenir pouvait faire sanctionner.

Notons la place que l'art. 854 occupe dans nos Codes; il est au titre des successions à la section des rapports. La société dont il parle n'est pas la société civile exclusivement, mais encore la société commerciale essentiellement, puisque le rapport est dû à la succession d'un commerçant comme à celle de toute autre personne. Pourquoi donc en refuser l'application à cette dernière société?

Parce que, dit-on, l'art. 1107 dispose que les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce. Nous convenons que s'il s'agissait d'une transaction commerciale, nous ne pourrions chercher les raisons de décider que

dans ces lois ; mais qu'ont de commun avec le commerce les rapports à une succession? N'est-ce pas là une matière essentiellement civile, et sur laquelle le législateur commercial n'a jamais eu ni juridiction ni compétence ?

Que la société même commerciale reste soumise, sous certains rapport, à la législation civile. Comment en douter, en présence de l'art. 18 du Code de commerce lui-même? C'est bien la société commerciale que cet article a en vue, et tout aussitôt et avant de l'organiser le législateur nous apprend, que cette société se règle par LE DROIT CIVIL, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties.

La combinaison des art. 1107 C. Nap. et 18 C. de comm. nous amène donc à cette distinction : que les rapports que la société crée entre les associés entre eux et à l'endroit du public seront réglés exclusivement par la loi commerciale. Ce sont ces rapports que les articles 39, 42 et suiv. établissent et régissent. Mais quant aux effets purement civils que cette société peut faire naître, c'est par le droit commun qu'ils doivent être exclusivement arrêtés.

En conséquence, la matière des successions n'étant jamais entrée dans le domaine du législateur commercial ne saurait obéir à ses prescriptions. Les art. 39 et suiv. Code de comm. n'ont donc jamais pu abroger l'art. 854. Celui-ci est resté la règle unique des rapports entre cohéritiers, et cela en vertu de l'art. 18 du Code de comm. lui-même.

Quant à la prétention de faire résulter l'authenticité de l'acte sous seing privé de l'enregistrement, du dépôt et de la publication de l'extrait, avons-nous besoin d'y répondre? L'enregistrement, le dépôt sont le fait d'une des parties et quelquefois d'un tiers étranger à l'acte. De manière que l'officier public qui reçoit l'un ou l'autre n'est pas même en position de garantir la véracité des signatures apposées, soit sur l'acte, soit au bas de l'extrait.

Aussi qu'arrivera-t-il? supposez que celui à qui on oppose un acte sous seing privé enregistré et publié régulièrement dénie sa signature, sera-t-il obligé de s'inscrire en faux? On n'oserait pas même le soutenir. Cependant cette inscription serait indispensable si l'acte était devenu authentique.

Comprendrait-on d'ailleurs que l'authenticité put résulter d'une formalité qui ne créerait pas même un commencement de preuve par écrit, autorisant la preuve testimoniale si ce titre venait à se perdre.

Voyez, en effet, l'art. 1336 C. Nap.; si le titre authentique ne peut être représenté, la transcription sur un registre public pourra bien servir de commencement de preuve, mais à la condition : 1° qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été fait soient perdues, ou que l'on prouve que la perte de la minute de cet acte a été faite par un accident particulier; 2° qu'il existe un répertoire en règle du notaire qui constate que l'acte a été fait à la même date.

Or, ces conditions ne pouvant se réaliser pour l'acte

sous seing privé, sa transcription sur un registre public ne pourra jamais constituer le commencement de preuve. Comment concilier ce résultat avec l'authenticité qu'on prétend en induire ?

Evidemment donc aucune des formalités que l'acte sous seing privée peut subir, dans l'objet d'en constater l'existence, d'en répandre la connaissance, ne saurait en changer le caractère et le rendre authentique. En conséquence, l'association entre successibles par un acte sous seing privé, même enregistré et publié, ne présentera pas la condition requise par l'art. 854, et rendra l'associé non recevable à en revendiquer le bénéfice.

Cette doctrine, enseignée par MM. Delvincourt et Delangle, a été consacrée par la jurisprudence. Ainsi la Cour de Montpellier s'étant prononcée dans le sens contraire, son arrêt a été formellement cassé par la Cour suprême, comme violant les art. 854 et 1317 Code Nap. [1].

Depuis, la question s'étant représentée devant le tribunal de Paris y a reçu une décision analogue. Ce jugement ayant été déféré à la Cour de Paris fut par elle confirmé le 28 décembre 1854 [2].

Jusqu'à présent donc, la jurisprudence est uniforme; et comme nous la croyons dans le vrai, on peut prévoir qu'elle ne changera pas.

351. L'acte de société devient, du jour de la mise en

[1] Cass. 26 janvier 1842. D. P., 42, 1, 121.

[2] *Journal des notaires*, 1855, p. 155.

activité de celle-ci, la loi définitive de toutes les parties. C'est ce qui résulte de l'article 41, prohibant toute preuve par témoins contre et outre le contenu en l'acte, ou de ce qui aurait été dit avant, lors ou depuis.

Résulte-t-il de là que l'acte pourrait être modifié, si la modification était établie par écrit, ou si un commencement de preuve venait rendre la preuve testimoniale admissible ?

Cette question doit être résolue par le caractère spécial de l'acte de société. Cet acte intéresse non-seulement les contractants, mais encore le public devant se conformer aux dispositions qui y sont contenues. Mais pour qu'un pareil effet pût se produire, il fallait bien que le public connût l'acte, et nous allons voir les formalités que la loi a prescrites à cet effet.

Il est donc évident qu'on ne saurait, d'une manière ou d'autre, le placer dans une autre position. Ce dont on peut uniquement se prévaloir contre lui, c'est l'acte apparent. Toute modification, fût-elle établie par écrit, ne serait qu'une contre-lettre sans valeur, nulle pour le passé, sans effets pour l'avenir, si elle n'avait reçu la publicité prescrite par les articles 42 et 46.

352. D'associé à associé, les modifications à l'acte social dont la preuve écrite serait rapportée devraient sortir à effet. Elles constitueraient des engagements ordinaires, qu'aucun motif raisonnable ne saurait faire méconnaître et surtout annuler.

Mais ces modifications n'obligent que l'associé, et non pas la société. L'exécution n'en peut être poursui-

vie que contre le signataire personnellement, alors même que ce signataire serait le gérant. L'emploi, dans cette hypothèse, de la raison sociale ne serait qu'un abus incapable de créer une obligation ou un droit. La mission du gérant ne va jamais jusqu'au pouvoir d'aliéner les prérogatives que chaque associé puise dans sa qualité personnelle.

353. Les conditions de l'article 39 et les dispositions de l'article 41 ne concernent que les associés entre eux. Les tiers ne pourraient être victimes d'une négligence qui ne peut leur être imputable. Ils sont donc recevables, lorsqu'ils y ont intérêt, à prouver la société avec laquelle ils prétendent avoir contracté, même par témoins et par présomptions. Ce principe est tellement équitable et juste, qu'il avait été admis et consacré sous l'empire de l'ordonnance de 1673, quoique tout son texte rendît les tiers responsables de l'inobservation des formes qu'elle prescrivait.

354. Suffit-il aux tiers d'alléguer l'existence d'une société? Doit-on, au contraire, exiger que le titre dont ils sont porteurs indique par son contexte un engagement social?

Se prononcer dans le premier sens, ce serait, dit M. Delangle, pousser l'application du principe hors de toute limite; ce serait faire supporter à la société la dette personnelle du commerçant, et conférer au créancier des garanties sur lesquelles il n'avait pas compté en traitant.

Il faut donc se prononcer pour le second terme de la question, et exiger que le titre soit souscrit d'un nom

social, ou que de sa teneur il résulte qu'il concerne une société [1].

Nous ne craignons pas de le dire, une pareille solution rend irréalisable la faculté qu'on reconnaît aux tiers. Cette faculté répond surtout à la prévision d'une fraude ayant pour objet de dissimuler l'existence de la société dans l'intérêt de certains associés. Cette fraude se réalisant, comment veut-on que le titre soit signé d'un nom social, ou que son contexte divulgue cette société qu'on a tant d'intérêt à cacher ?

C'est cependant dans cette hypothèse que les tiers auront intérêt à recourir à la preuve testimoniale. La leur refuser, comme le fait M. Delangle, c'est singulièrement interpréter la loi.

Est-ce à dire cependant qu'il suffira d'alléguer l'existence d'une société pour être admis à la prouver par témoins? Les principes généraux répondent à cette objection. Pour que la preuve testimoniale soit ordonnée dans les cas où elle est recevable, les magistrats exigent avec raison qu'on articule des faits précis et concordants, donnant dès à présent au fait à prouver un caractère de vraisemblance qu'il serait injuste de négliger. Celui-là donc qui alléguera l'existence de la société cotera les faits dont il entend la faire résulter. La pertinence de ces faits est abandonnée à l'arbitrage du juge, et du résultat de cette appréciation dépendra la décision à rendre sur l'admission ou le rejet de la preuve offerte.

[1] N° 517.

En pareille matière donc il est impossible de se référer à une règle précise et absolue. Ce qui est certain, c'est que dans aucun cas on se bornera à alléguer purement et simplement la société; qu'on voudra la faire résulter de certaines circonstances. Or, il en est de ces circonstances comme du résultat de la preuve. Les juges apprécieront. Sans doute on n'admettra pas que Paul est associé, parce qu'il a plu à Pierre de signer Pierre et Paul. Mais vouloir tracer à ce sujet des règles quelconque, c'est quelque peu empiéter sur la conscience du juge, qui n'a qu'à suivre dans chaque espèce ses propres inspirations.

ARTICLE 42.

L'extrait des actes de société en nom collectif ou en commandite doit être remis dans la quinzaine de leur date au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel est établie la maison du commerce social, pour être transcrit sur le registre et affiché pendant trois mois dans la salle des audiences.

Si la société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements, la remise, la transcription et l'affiche seront faites au greffe du tribunal de commerce de chaque arrondissement.

Ces formalités seront observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé à des tiers par les associés.

SOMMAIRE.

355. Nous avons déjà dit que l'édit de Blois de 1579 s'était le premier occupé de la publicité des sociétés, en soumettant à l'enregistrement et au dépôt celles qui existaient, ou qui existeraient par la suite.

Nous avons fait remarquer que cette disposition était prise exclusivement pour les étrangers, qui étaient alors en possession de presque tout le commerce;

qu'elle était une précaution en faveur des nationaux, qu'on voulait défendre contre les fraudes que la clandestinité des sociétés rendait faciles.

Nous avons dit, enfin, que les développements du commerce amenèrent chez les nationaux les fraudes auxquelles on s'était trouvé exposé de la part des étrangers, ce qui fit invoquer contre les uns le remède qu'on avait appliqué aux autres. Sur les réclamations les plus réitérées, l'ordonnance de juin 1623 rendit obligatoires pour les Français l'enregistrement et le dépôt des actes de société.

Chose remarquable, cette disposition ne reçut aucune exécution sérieuse. Ceux-là même qui avaient le plus ardemment réclamé n'en tinrent aucun compte. Aussi, et bien avant 1673, était-elle tombée en désuétude complète.

356. Le législateur de cette dernière époque, convaincu de l'utilité de la mesure, en renouvela la prescription, en la réduisant toutefois aux sociétés entre marchands; mais il ne fut pas plus heureux que son prédécesseur. Quelques années s'étaient à peine écoulées, qu'au témoignage de la doctrine et de la jurisprudence son œuvre était généralement délaissée.

Ce résultat déplorable était, il faut le dire, la conséquence de la manière dont la disposition avait été formulée, et qui la rendait mauvaise et injuste. N'atteignant pas même le but sur un point essentiel, elle le dépassait considérablement sur un autre.

En effet, elle ne soumettait à l'enregistrement et au dépôt que les sociétés entre marchands, c'est-à-dire, et

le plus généralement, les sociétés en nom collectif. Elle en exemptait celles entre marchands et non marchands, c'est-à-dire les sociétés en commandite.

Or, ce qui est évident, c'est que les premières devaient nécessairement laisser après elles des traces saisissables, soit dans le fait d'une exploitation dans un intérêt commun, soit dans les livres et écritures des divers associés. Ces traces et le droit des tiers de prouver par témoins l'existence de la société amoindrissaient l'inconvénient du défaut de publicité.

Il n'en était pas ainsi dans la commandite; rien dans celle-ci ne pouvait suppléer à cette publicité. En effet, comme l'observe Savary, le commerçant commandité ne porte pas sur son livre comme fonds capital la somme de deniers à fournir par le commanditaire, il se borne à en créditer celui-ci, auquel il a ouvert un compte courant, comme son créancier ; de sorte que s'il arrive que le marchand tombe en faillite, l'associé, paraissant créancier, entre dans le contrat d'accommodement avec les autres créanciers, ou bien il partage avec eux au sol la livre les effets du failli. Cependant, si les tiers avaient connaissance de l'acte par son enregistrement, cette fraude serait impossible; l'associé se verrait contraint de participer aux dettes dans la proportion exigée par l'article 8, titre IV de l'ordonnance. La dispense de l'enregistrement de l'acte a donc pour effet de rendre cet article illusoire [1].

Savary, qui s'exprimait ainsi, était cependant un des

[1] *Parfait Négociant*, t. I, liv. Ier ; *Des soc.*, p. 24.

auteurs de l'ordonnance. Il agissait donc en connaissance de cause, lorsqu'il admettait la dispense; et certes il dut éclairer ceux qui agissaient avec lui. Le législateur de cette époque serait donc sans excuse s'il n'en trouvait une dans les mœurs du moment. Les préjugés nobiliaires exigeaient que la commandite demeurât ensevelie dans le plus profond secret, et c'est à ce préjugé qu'on sacrifiait, en la dispensant de toute formalité. On laissait ainsi subsister un inconvénient grave; mais, en admettant le contraire, on risquait de sacrifier l'institution; on ne crut donc pas devoir hésiter.

Mais ce qui ne se conçoit pas, c'est la malheureuse pensée de rendre les tiers victimes de la négligence et de la faute des associés. En effet, comme sanction de ses dispositions, l'article 2 frappait la société de nullité, tant entre les associés qu'à l'endroit de leurs créanciers ou ayants cause. Une pareille peine ne pouvait avoir qu'un seul résultat: rendre les tiers responsables d'une fraude dirigée contre eux, et qu'ils n'ont jamais eu la faculté d'empêcher. Or, c'était là blesser l'équité et la morale. Aussi ne doit-on pas s'étonner que la conscience publique eût repoussé énergiquement une pareille énormité. C'est ce qui explique comment, peu après sa promulgation, l'ordonnance était déjà tombée en désuétude à cet égard [1].

357. Le Code de commerce a profité de la leçon. Convaincus de la haute utilité du principe de publicité,

[1] Merlin, *Quest. de droit*, v° SOCIÉTÉ, § 1, et autorités qu'il cite.

ses auteurs l'ont généralisé en l'imposant à toute société commerciale ; ils ont de plus concentré l'effet de l'inobservation sur les seuls coupables. La société n'est annulée qu'à l'égard des associés.

L'article 42 règle le mode à suivre pour la publicité des sociétés en nom collectif ou en commandite. Rien n'empêche le dépôt au greffe de l'acte de société ; mais on s'est contenté d'exiger un extrait de cet acte, lequel doit être transcrit sur un registre et affiché pendant trois mois dans la salle d'audience.

Le tribunal au greffe duquel ces formalités doivent être remplies est le tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel est situé l'établissement social. Si la société a plusieurs maisons situées dans des arrondissements différents, la remise, la transcription et l'affiche doivent être réalisées au tribunal de commerce de chaque arrondissement; à défaut de tribunal de commerce dans l'un d'eux, c'est au greffe du tribunal civil en tenant lieu que ces formalités devraient être accomplies.

Enfin la remise de l'extrait doit avoir lieu dans la quinzaine de la date de l'acte.

Tel est l'ensemble des formalités prescrites par l'article 42, et dont l'inobservation entraîne la nullité de l'acte.

358. Cette nullité résulterait-elle d'une inobservation partielle? Serait-elle notamment encourue, par exemple, si la remise de l'extrait n'avait été faite que plus ou moins longtemps après l'expiration du délai de quinzaine ?

L'affirmative a été étayée sur le caractère de la nullité édictée par l'article 42. Cette nullité, a-t-on dit, est d'ordre public; elle est acquise par le seul fait de l'inobservation de la loi; les parties ne pourraient directement renoncer à s'en prévaloir. Comment donc faire résulter cette renonciation d'une exécution postérieure?

Ces objections seraient décisives en tant qu'elles s'appliqueraient à l'inobservation absolue de l'art. 42. Dans ce cas, en effet, chaque associé peut à toute époque poursuivre la nullité de la société, et il a été jugé avec raison qu'aucune fin de non-recevoir ne pourrait naître contre lui de l'exécution qu'il aurait volontairement donnée à la société avant sa demande [1].

Cela se conçoit facilement. L'article 42 dispose dans un but général et d'intérêt public. C'est pour éviter que les tiers ne soient victimes d'une fraude concertée par les associés qu'il exige la publicité des actes. Or, tant que les formalités constitutives de cette publicité n'ont pas été remplies, le danger est le même. Dès lors, la répression doit être identique. Dès lors, loin d'exclure les associés de la faculté de demander cette répression, la loi les y autorise formellement et expressément.

Mais il n'en est plus de même lorsque, quoique tardif, l'accomplissement des formalités a eu lieu. Alors, en effet, l'intérêt des tiers est à couvert non-seule-

[1] Toulouse, 22 mars 1837; Rennes, 22 juin 1837; D. P., 37, 2, 164.

ment pour l'avenir, mais encore pour le passé, car la publicité de l'acte vient régulariser la position de tous. En d'autres termes, ce que la loi a voulu, c'est d'assurer à la société une certitude telle qu'aucun doute ne puisse surgir sur son existence. Ce but n'est-il pas atteint dès que les formalités de l'article 42 ont été remplies ?

Qu'importe qu'elles l'aient été plus de quinze jours après la date de l'acte? Le sont-elles moins pour cela ? Le public en est-il moins suffisamment éclairé? A quelle exigence obéirait donc la nullité dans cette hypothèse?

Ces considérations sont de nature à faire résoudre négativement la question que nous examinons. Ajoutons que ce résultat ressort de l'interprétation rationnelle de l'article 42.

Ce qui résulte de la discussion législative, c'est qu'on s'est beaucoup plus préoccupé des formalités elles-mêmes que du délai dans lequel elles doivent être accomplies. Cependant il fallait en déterminer un pour remédier à un abus que l'ordonnance de 1673 avait entraîné. On avait conclu du silence qu'elle avait gardé que l'observation des formalités, quoique réalisée après la demande en nullité, devait faire écarter cette demande et maintenir la société. La volonté de faire disparaître cet état de choses indique et fixe le sens de l'article 42.

L'expiration du délai de quinzaine donne le droit aux associés de provoquer l'annulation du contrat. Cette demande formée, le droit est acquis, et aucune

fin de non-recevoir ne saurait résulter de l'accomplissement des formalités postérieures. Mais tant que la demande en nullité n'est pas formée, cet accomplissement est utile, et empêcherait que la nullité pût être plus tard prononcée.

Ainsi, dit M. Delangle, dès qu'il s'est écoulé quinze jours de la date de la société sans que la publication ait eu lieu, les associés sont en faute, et chacun d'eux est maître de rompre le contrat; mais si, dans l'origine, ils gardent le silence, et qu'au moment où la plainte se fait entendre toutes les négligences ont été réparées, la nullité n'existe plus. L'inobservation du délai n'était qu'une chose purement secondaire; elle n'empêche pas que le jour où le débat s'engage il y ait une société régulière, au fond comme en la forme, valable, inattaquable [1].

359. En réalité donc le délai de l'article 42 n'a d'autre objet que de déterminer le moment où la poursuite en nullité pourra être utilement intentée. Sous ce rapport, comme sous celui des effets de la publication, il n'est pas sans intérêt de préciser le moment où il commence de courir; or, ce moment ne sera pas toujours la date de la société, mais seulement le jour où la constitution sera devenue définitive. Le commencement de la société peut être suspendu pour attendre la réalisation d'un événement, ou être légalement soumis à une condition. Dans l'un et dans l'autre cas, ce n'est que du jour de l'accomplissement de la condi-

[1] N. 537; Cass., 12 juillet 1825; 6 juin 1831.

tion ou de l'événement que le délai courra. C'est dans les quinze jours suivants que devront être remplies les formalités constitutives de la publicité.

De là cette double conséquence : 1° toute demande en nullité après la quinzaine de l'acte, mais avant l'événement de la condition, ne devrait pas être accueillie; 2° la publication faite avant cette époque, s'appliquant à un acte encore imparfait, ne serait pas opposable aux tiers, elle n'atteindrait pas le but de la loi, et ne saurait dès lors produire les effets d'une publication régulière ; c'est ce que la Cour de cassation a formellement jugé le 4 août 1847.

Dans l'espèce, une société avait été stipulée par un associé pour des associés futurs, sans présenter leurs pouvoirs, et seulement avec promesse de fournir leur ratification. En cet état, la société avait été publiée et affichée.

Cette publication, non renouvelée après la ratification, avait-elle mis obstacle à ce que le propriétaire d'un immeuble promis à la société l'eût valablement engagé envers un créancier personnel ?

Non, dit la Cour de cassation, car la société n'est légalement et réellement constituée, au regard des tiers, que lorsque la ratification a été donnée, et cette ratification n'a pas contre eux d'effet rétroactif;

En conséquence, la publication et le dépôt au greffe faits avant les ratifications restent dépourvus d'efficacité, en ce qu'ils se rattachent à un acte imparfait; et jusqu'à la publication régulière de l'acte ratifié et ainsi complété, les associés demeurent personnellement

propriétaires des immeubles apportés par eux en société, et sont, dès lors, capables de les hypothéquer.

C'est seulement à compter du jour où l'acte de société est devenu définitif par l'approbation ou la ratification de ceux dont le consentement est nécessaire pour la validité de la société que court le délai de quinzaine [1].

L'honorable M. Duvergier avait délibéré, en faveur de l'opinion contraire, une consultation dans laquelle il soutenait que la ratification ayant eu un effet rétroactif avait rendu le titre parfait et régulier dès l'origine, il faisait remarquer que l'engagement du créancier étant d'ailleurs postérieur à la ratification, il n'était pas même besoin de trancher la question de rétroactivité; que la ratification donnée avait tout régularisé, acte de société, publication; de telle sorte qu'à partir de ce moment chaque associé avait définitivement perdu la disposition des choses qu'il devait mettre en société. Mais la Cour de Metz, la Cour de cassation ensuite, repoussèrent ce système; et, ne considérant l'acte comme parfait et régulier que du jour de la ratification, elles en admettent la nullité à défaut de publication dans les quinze jours.

360. Indépendamment des formalités exigées par l'article 42, la loi du 31 mars 1833 veut que l'extrait des actes de société soit inséré dans le journal que le tribunal de commerce de l'arrondissement doit annuellement désigner pour recevoir les annonces légales.

[1] J. D. P., t. II, 1847, p. 567.

Cette formalité n'était pas nouvelle ; elle avait été précédemment prescrite par un décret de l'impératrice régente, du 18 février 1814.

Des doutes graves s'étaient élevés sur la constitutionnalité de ce décret; la jurisprudence s'était partagée. Enfin la Cour de cassation, qui s'était d'abord prononcée pour le décret, finit par consacrer le contraire, par arrêt solennel et chambres réunies du 3 mars 1832 [1].

Après une manifestation aussi éclatante, c'en était fait de l'insertion dans les journaux. Mais comme cette insertion parut un élément précieux de publicité, une loi régulièrement votée vint ordonner ce que le décret de 1814 avait prescrit.

Aujourd'hui donc il n'y a de publicité légale que celle qui, à la remise, à la transcription et à l'affiche au greffe du tribunal, réunit l'insertion dans le journal de l'arrondissement. L'absence d'une seule de ces formalités entraîne l'application de la clause pénale de l'article 42, à savoir, la nullité de la société.

361. La preuve des formalités à remplir au greffe n'est soumise à aucune forme déterminée. La transcription sur le registre établit, *ipso facto*, la remise. Le procès-verbal et le certificat du greffier ne peuvent laisser aucun doute sur l'affiche dans la salle d'audience.

Il n'en est pas de même de l'insertion ; elle ne peut, sans doute, résulter que de la représentation du numéro

[1] D. P., 32, 1, 113.

du journal la renfermant. Mais il importait d'empêcher une fraude dont les exemples ne manquent pas : la fabrication après coup d'un numéro du journal.

En conséquence, la loi de 1833 exige que le numéro produit comme preuve de l'insertion soit signé par l'imprimeur, qu'il soit légalisé par le maire, et enregistré dans les trois mois de sa date.

362. Il résulte de la discussion de la loi que cet enregistrement n'a pas été ordonné dans un but de fiscalité. Ce qu'on a voulu en le rendant obligatoire, c'est constater d'une manière certaine la date de l'insertion, dans le but d'assurer aux actes de société une publicité loyale et sincère. D'où la jurisprudence a conclu que le défaut d'enregistrement entraînait la nullité de l'acte, alors même que l'insertion aurait réellement eu lieu, et que cette nullité, étant d'ordre public, ne serait pas couverte par l'exécution de l'acte [1].

Cette jurisprudence est sévère. On pourrait peut-être lui reprocher de confondre l'absence de publicité avec l'omission des éléments tendant à la justifier; de faire produire à celle-ci l'effet que la première seule devrait produire. L'enregistrement ne constituant pas la publicité, n'étant qu'un moyen de prouver qu'elle a été réalisée, n'est-ce pas se montrer trop sévère que de proclamer qu'il ne peut être suppléé par rien, depuis surtout que la loi a prescrit le dépôt au parquet d'un numéro du journal? N'est-ce pas, d'autre part, outrer le rigorisme des formes que d'annuler l'acte,

[1] Cass., 30 janvier 1839; Bordeaux, 5 février 1841; D. P., 39, 1, 91; 41, 2, 185.

alors que de l'aveu de toutes les parties l'insertion a eu lieu dans le délai voulu? A quelle nécessité répond, dans ce cas, la nullité de l'acte?

Ces considérations ne manquent pas de gravité, et on devrait mûrement les apprécier, dans le cas d'une refonte de l'article 42. Mais, en l'état, la doctrine des Cours de cassation et de Bordeaux, faisant une juste application de la loi, doit être consacrée. Le défaut d'enregistrement du journal entraîne la nullité de l'acte.

Mais nous dirons du délai de trois mois ce que nous disions tout à l'heure de celui de quinzaine : son échéance n'a rien de fatal; elle n'est que la détermination de l'époque de laquelle naît la faculté de demander la nullité de l'acte. Tant que cette demande n'est pas réalisée, l'enregistrement est possible, et rendrait toute poursuite ultérieure non recevable [1].

363. Ces termes de l'article 42, à peine de nullité à l'égard des intéressés, avaient été l'origine d'une controverse. Indiquaient-ils que la nullité pouvait être invoquée par les associés entre eux, ou bien que l'acte, valable entre associés, n'était, dans aucun cas, opposable aux tiers?

M. Delvincourt s'était prononcé dans ce dernier sens. La nullité, disait-il, est prononcée par l'article 42, non pas en faveur des associés, mais contre eux. On n'aurait pu faire autrement sans blesser la raison. La nullité n'étant, dès lors, que le résultat d'une faute générale et

[1] *Vid. sup.*, n. 358 et suiv.

commune, ne doit, dans aucun cas, profiter aux auteurs de cette fraude.

Cette doctrine était, dès le 2 juillet 1817, condamnée par la Cour de cassation; elle n'a depuis trouvé aucun défenseur ni en doctrine ni en jurisprudence.

Ce qui est universellement admis, c'est que l'acte, nul pour violation de l'article 42, ne saurait produire aucun effet, pas plus pour les associés entre eux qu'à l'endroit des tiers. Les uns et les autres ont donc le droit d'exciper de cette nullité.

Son effet, par rapport aux tiers, ne saurait créer aucune difficulté sérieuse. Il n'y a pas, il n'y a pas eu de société. Les droits des tiers n'ont donc jamais subi aucune des modifications naissant d'une société régulière.

364. Quel sera l'effet de la nullité pour violation de l'article 42 entre les associés? M. Locré répond : On jugera comme s'il n'y avait pas eu société; c'est-à-dire qu'il n'y aura, pour le passé comme pour l'avenir, ni solidarité active entre les associés, ni communauté de pertes et de gains [1]. Mais il en est de cette opinion comme de celle de M. Delvincourt sur l'exception de nullité par les associés entre eux; elle n'est plus soutenue par personne; rien ne saurait empêcher qu'il y ait eu société, et conséquemment solidarité active et passive, communauté de pertes et de gains.

Tout ce qui peut résulter de l'inobservation ou de la violation de l'article 42, c'est que chaque associé a la

[1] *Esprit du Code de comm.*, art. 42.

faculté de revenir sur le consentement qu'il avait donné, et la liberté de ne plus exécuter le contrat. Mais l'acte écrit n'est que l'instrument destiné à prouver l'existence légale de la société ; celle-ci ne résultant que du consentement des parties a été parfaite dès le moment où ce consentement a existé. L'irrégularité de l'instrument ne saurait donc prévaloir sur cette vérité légale. La société a existé; elle a été pendant un temps volontairement exécutée par les parties; elle doit donc produire ses effets ordinaires [1].

Il résulte de là que la liquidation doit se réaliser conformément à ce qui avait été stipulé au contrat, que notamment les bénéfices doivent être partagés, et les pertes supportées dans les proportions déterminées, à moins que ces proportions ne constituassent le pacte *léonin*, sévèrement proscrit par la loi.

365. Une autre conséquence de notre principe c'est que, si après la nullité il s'élève des contestations entre les intéressés, elles doivent être déférées à des arbitres.

Mais notons bien que cet effet s'induit uniquement de la qualité d'associé de fait, et non de la clause que l'acte social renfermerait à ce sujet. Ce point est important pour la nature des pouvoirs que les arbitres pourraient avoir reçu dans l'acte. La nullité de celui-ci entraînerait celle de toutes les modifications acceptées par les parties, qui se retrouveraient dès lors sous l'empire du droit commun.

[1] Cass., 13 juin 1832.

En effet, la nullité de l'acte pour inobservation de l'art. 42 en laisse debout les dispositions régissant des faits irrévocablement acquis avant la demande, mais s'il s'agit d'une disposition prévue pour le moment de la dissolution conventionnelle, et qu'avant ce moment la société soit annulée, cette disposition ne saurait sortir à effet sans donner à l'acte une force que la nullité a fait de plein droit évanouir.

C'est cependant ce qu'avait fait la Cour de Rennes, en jugeant que la nullité de l'acte de société ne s'opposait pas à ce que la clause par laquelle les associés avaient déclaré que les arbitres jugeraient en dernier ressort reçût son exécution; mais son arrêt déféré à la Cour régulatrice fut cassé le 21 juin 1841, sur les motifs suivants.

« Attendu que si on peut dire qu'une société commerciale exécutée est, par la nécessité des choses, un fait accompli, dont les conséquences doivent être, en vertu de la disposition générale de l'art. 51, jugées par des arbitres, il est de droit que le jugement arbitral soit sujet à l'appel si la renonciation n'a pas été stipulée;

« Attendu qu'à la vérité l'acte souscrit par les parties porte, à son art. 6, que les différends qui pourront survenir concernant les affaires de leur société seront jugés par les arbitres sans appel; mais qu'à moins de rendre illusoire et vaine la lettre expresse de la loi, on ne saurait attribuer à un acte frappé de nullité le pouvoir de créer une juridiction sans appel [1]. »

[1] D. P., 41, 1, 275.

Les parties et matières ayant été renvoyées devant la Cour d'Angers, celle-ci se conforma à la doctrine de la Cour de cassation, par arrêt du 17 février 1842[1].

Ainsi l'acte annulé pour inobservation de l'art. 42 continue à faire la loi des parties, quant à la proportionnalité dans la perte ou le gain; mais toutes les autres dispositions tombent et disparaissent sans pouvoir nuire ou profiter à quelques-uns des associés.

366. Cette règle a été méconnue par la Cour de Lyon, décidant, le 27 février 1828, que lorsque dans un acte de société commerciale il a été convenu que, dans le cas de dissolution, n'importe pour quelle cause, l'un des associés payerait à l'autre une somme de ..... à titre d'indemnité; la nullité de l'acte social, pour défaut de publication conformément à l'art. 42, ne fait pas obstacle à l'exécution de la convention; mais le 23 décembre 1831 la Cour de Paris a admis le contraire.

A notre avis on ne saurait hésiter sur la valeur de ces deux décisions. Celle de la Cour de Paris est la seule juridique, la seule légale. Comment, en effet, consacrer qu'un contrat déclaré n'avoir aucun lien obligatoire pourra lier les parties dans des conventions accessoires? Comment l'inexécution d'un acte nul de plein droit pourrait-elle devenir la matière d'une adjudication de dommages-intérêts.

Le caractère de la nullité amène de plus fort à ce résultat. Elle est d'ordre public et d'intérêt général

[1] D. P., 42, 2, 98.

Elle ne peut dès lors devenir un objet de transaction. Or, ce qui arriverait de l'obligation de payer des dommages-intérêts, c'est qu'on se garderait bien de poursuivre cette nullité, et qu'ainsi se perpétuerait un état de choses contre lequel la loi proteste énergiquement.

Que si des principes spéciaux de la matière nous recourons aux règles du droit commun en matière de dommages-intérêts, nous arriverons forcément à une conclusion identique.

D'abord, en thèse, l'exercice d'un droit ne peut devenir l'élément d'une condamnation à des dommages-intérêts. Sans doute on peut s'engager sous une clause pénale à ne pas user d'un droit, mais la validité de cet engagement ne sera admise que s'il s'agit d'un droit particulier auquel le bénéficiaire a la capacité de renoncer. Or, celui qui poursuit la nullité de la société pour défaut de publication use d'un droit incontestable; et comme ce droit est d'intérêt général, il devrait être relevé de la renonciation formelle qu'il aurait faite à l'invoquer.

Un autre principe non moins certain, c'est qu'il n'est dû aucune indemnité à celui qui se prétend lésé, s'il est certain que le fait dont il se plaint provient de sa faute. Or, le défaut de publication est le fait commun de tous les associés; comment donc admettre que la faute générale devrait profiter aux uns et obliger les autres à des dommages-intérêts?

En résumé donc celui qui poursuit la nullité pour inobservation de l'art. 42 ne fait que ce que la loi lui

conseille de faire. Par lui-même un fait de cette nature ne saurait obliger son auteur à une peine quelconque.

Vainement exciperait-on de la clause de l'acte; la nullité de celui-ci entraîne de plein droit celle de toutes les conventions accessoires.

D'ailleurs l'inexécution prévue au contrat ne peut s'entendre que de celle s'appliquant à une société régulière et légale. Or, la société non publiée n'a jamais eu ce caractère. Si elle ne peut exister, c'est autant par la faute du demandeur en dommages-intérêts que du défendeur; il est donc juste de les placer tous les deux sur la même ligne quant à la responsabilité du fait.

La nullité prononcée par l'art. 42 est pour les associés entre eux viscérale et absolue. L'acte qui en est atteint ne saurait sortir à effet, si ce n'est quant aux conséquences directes du fait acquis indépendamment de la validité de l'acte.

367. C'est là la clause pénale la plus énergique que pût recevoir l'art. 42. Il suffit, en effet, pour en être convaincu, de réfléchir à la position des associés en cas d'inobservation.

A leur endroit la société n'a qu'une existence au jour le jour. Chacun d'eux a le droit de la faire dissoudre, et cette dissolution demandée, à quelque époque que ce soit, mettra forcément fin aux opérations, malgré le préjudice qui pourra en être la conséquence.

Relativement aux tiers, ils ne pourront jamais leur opposer l'acte de société pour profiter des effets que produirait infailliblement une société régulièrement publiée.

Ainsi, l'article 1872 C. Nap. applique au partage entre associés les règles conçernant le partage de succession et leurs effets, notamment celui qui est prescrit par l'art. 883. Dès lors l'associé qui reçoit un immeuble dans son lot, ou qui s'en rend adjudicataire, est censé l'avoir toujours possédé, il lui arrive donc franc de toutes charges de la part de ses autres associés. C'est ce bénéfice que lui fait perdre le défaut de publication. La société n'ayant pas été régulière, l'immeuble en ses mains resterait affecté aux dettes auxquelles le co-associé l'aurait obligé [1].

Les créanciers personnels de l'associé ne peuvent saisir, exécuter les effets appartenant à la société. Mais les associés ne pourraient faire annuler les exécutions réalisées sur l'actif social que si la société alléguée avait reçu toute la publicité requise [2].

Ainsi, d'une part, les associés ne pourront jamais opposer aux tiers l'acte non publié. Ils ne pourront de l'autre, toutes les fois que les tiers s'en prévaudront, leur en contester la faculté. Les formalités de l'art. 42 sont obligatoires pour les associés, mais le législateur a pris soin de l'exprimer, *le défaut d'aucune d'elles ne peut être opposé aux tiers par les associés*. C'était là d'ailleurs une règle de raison et de justice ; on ne pouvait punir les tiers d'un fait qui ne saurait leur être imputé. Nous avons vu quel avait été l'effet de l'oubli de cette règle par le législateur de 1673.

Ainsi donc, les associés ont le plus grand intérêt à

[1] Cass., 23 mars 1825.

[2] Poitiers, 4 mars 1840 ; D. P., 40, 2, 143.

observer les prescriptions de l'art. 42, à défaut ils sont en société sans l'être, et tout le monde peut leur opposer un acte qu'ils ne peuvent opposer à personne.

368. L'existence de la faculté d'opposer l'acte aux associés fait naître une difficulté. Peut-on diviser l'acte, l'accepter pour ce qui concerne la qualité d'associé et en répudier l'effet à l'endroit des dérogations que les associés auraient introduites au droit commun?

Cette question doit être diversement résolue, suivant qu'il s'agit de la véritable qualité de l'associé ou des effets résultant de cette qualité. Un acte de société, quoique non publié, peut être consulté pour fixer la position réelle des parties. Ainsi, si je poursuis comme associé solidaire un individu qui est qualifié de commanditaire par l'acte même que je lui oppose, il pourra se prévaloir de l'indivisibilité et revendiquer le bénéfice de la qualité que l'acte lui donne [1].

Mais si, la qualité de commanditaire reconnue et acceptée, l'associé prétend opposer les dérogations stipulées dans l'acte en sa faveur, le droit exige que cette réclamation soit écartée. L'accueillir, ce serait porter atteinte à l'un des deux principes suivants, égalemēnt importants en matière de société.

Premier principe. On ne peut déroger à ce qui est de l'essence du contrat. Par exemple, l'associé en nom collectif, le gérant de la commandite est solidairement engagé envers les créanciers sociaux. C'est là un effet qui se reproduit par la seule force de la loi et qui

[1] Paris, 23 juillet 1828.

est tellement inhérent à sa qualité, qu'on ne saurait concevoir celle-ci sans celui-là. Aussi, toute clause par laquelle le gérant aurait stipulé qu'il ne serait pas soumis à la solidarité, celle par laquelle des associés en nom collectif auraient déclaré que le préposé à l'administration sera seul tenu des engagements qu'il aura pris, et que les tiers n'auront action que contre lui et contre le fonds social, serait de plein droit frappée de nullité et censée non écrite, alors même qu'elle eût reçu la publicité voulue par la loi[1].

Il en serait de même de toute clause altérant ou modifiant l'obligation du commanditaire de payer sa mise. Le gérant est incapable de consentir un pareil effet, même à l'égard de la société; à plus forte raison contre les tiers.

Deuxième principe. Aucune dérogation au droit commun, lorsqu'elle est licite par elle-même, ne saurait être opposée aux tiers que si elle a reçu la publicité dans les formes voulues par l'art. 42. Comme exemple de ces dérogations, nous citerons la stipulation par laquelle des associés en nom collectif conviennent que les engagements sociaux ne seront valables que s'ils sont signés par tous; la clause par laquelle des commanditaires se réservent le droit de payer leur mise, soit par une compensation avec la dette du gérant, soit par la remise totale ou partielle de ce qui leur est dû par celui-ci.

La publicité donnée à ces stipulations en assure l'ef-

[1] Delangle, n. 228 et suiv.

fet, même à l'encontre des tiers. Mais la clandestinité de l'acte excluant toute idée de celle-ci, elles ne sauraient sortir à effet. Le tiers, ne les connaissant pas, ne pouvait, ne devait pas les subir, alors même que, pour établir la qualité d'associé, il est obligé de recourir à l'acte qui les mentionne. Tout ce qui, dans celui-ci, va au delà de la qualité d'associé, ne pourrait être opposé aux tiers que s'il avait reçu la publicité requise.

369. L'effet du défaut de publicité est irrévocablement acquis, par cela seul que l'article 42 n'a pas été observé. Il importerait peu que celui qui s'en prévaut eût connu l'existence de la société. Cette exception, à jamais interdite aux associés, ne serait pas même recevable de la part de leurs créanciers contre un créancier personnel de l'un des associés. Ainsi la Cour de Paris a avec raison décidé que les créanciers d'une société, qui n'a pas été publiée suivant les formalités prescrites par l'article 42, ne sont pas recevables à opposer à la femme d'un des associés réclamant la reprise de ses droits sur l'actif social, la connaissance qu'elle avait de l'association contractée par son mari [1].

Cette doctrine n'est qu'une conséquence logique de l'esprit de la loi. La validité de la société est invinciblement attachée à l'accomplissement des formalités imposées à sa publication. Or, bien évidemment la connaissance personnelle qu'un créancier aurait de la société ne pourra jamais suppléer cet accomplissement.

[1] 4 mars 1840 ; J. D. P., t. I, 1840, p. 385 ; *Conf.* Rouen, 15 avril 1839 ; *ibid.*, t. I, 1839, p. 542.

370. D'ailleurs les créanciers, même ceux des associés personnellement, sont les tiers auquels on ne pourra opposer une société non publiée. C'est de là qu'on a conclu avec raison que ces derniers ne peuvent subir le privilége des créanciers de la société sur l'actif social. L'exercice de ce privilége suppose une société régulière. Or, telle ne saurait être celle dans laquelle l'observation de l'article 42 a été négligée ou omise. Dans cette hypothèse, les créanciers personnels des associés viendraient en concours et au marc le franc avec les créanciers de la société, dont ils feraient prononcer la nullité[1].

ARTICLE 43.

L'extrait doit contenir :

Les noms, prénoms, qualités et demeures des associés autres que les actionnaires ou commanditaires ;

La raison de commerce de la société ;

La désignation de ceux des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société ;

Le montant des valeurs fournies ou à fournir par actions ou en commandite ;

L'époque où la société doit commencer, et celle où elle doit finir.

ARTICLE 44.

L'extrait des actes de société est signé, pour les actes publics, par les notaires, et pour les actes sous seing

[1] Voir notre *Traité du dol et de la fraude*, t. II, n. 720.

privé, par tous les associés, si la société est en nom collectif, et par les associés solidaires ou gérants, si la société est en commandite, soit qu'elle se divise ou ne se divise pas en actions.

SOMMAIRE.

371. Les prescriptions de l'article 43 se trouvaient naturellement indiquées par le but qu'on s'était pro-

posé en adoptant l'article 42. La publication des actes de société étant surtout exigée dans l'intérêt des tiers, pour les mettre à même d'apprécier les ressources de l'association et de calculer la confiance et le crédit qu'ils devaient accorder, ses éléments indispensables étaient toutes les indications devant faciliter et déterminer ce résultat.

Ce caractère ne saurait être contesté aux énonciations que l'article 43 rend obligatoires. C'est ce dont il est facile de se convaincre, en les examinant successivement, et en recherchant l'objet réel de chacune d'elles.

372. En premier lieu, l'extrait doit contenir les noms, prénoms, qualités et demeures des associés.

La première chose, en effet, que doit faire une société se révélant au public est de faire connaître sa composition. C'est par les noms de ceux qui en font partie qu'on jugera d'abord de la nature probable de son administration, de la moralité de ses rapports, des chances heureuses qu'elle est dans le cas de puiser dans les antécédents et la capacité commerciale de ses membres.

Cette première exigence de la loi a un autre but. L'associé ordinaire répond sur tous ses biens des dettes et engagements sociaux. La connaissance personnelle des associés met donc sur-le-champ le public à même d'apprécier la solvabilité de l'association. La notoriété publique indiquera, en effet, la position de fortune de chacun de ceux qui seront nommés, et les garanties de la société, consistant dans la réunion de toutes

ces fortune particulières se trouvent ainsi nettement déterminées.

Ce but explique pourquoi la loi restreint l'obligation de nommer aux associés ordinaires, tels que les membres d'une société en nom collectif ou les gérants d'une commandite. Les commanditaires ou actionnaires ne sont jamais tenus que dans des proportions déterminées; dès lors la connaissance de leurs personnes et de leur fortune présumable resterait sans efficacité réelle.

D'ailleurs, il fallait nécessairement se préoccuper d'une hypothèse dans laquelle l'exécution de la loi aurait été impossible. Par exemple, celle où le capital de la commandite aurait été divisé par actions. Comment publier les noms lorsque la négociation des actions introduit dans les intéressés de si nombreux et de si rapides changements? Comment surtout le faire lorsque les actions auraient été créées au porteur?

Aucun intérêt réel ne s'attachait donc à la divulgation des noms des commanditaires; ce qui importait, c'était la connaissance des valeurs que chacun d'eux avait fourni ou devait fournir à la société, et nous verrons bientôt que le législateur ne l'a pas négligée [1].

L'obligation de faire connaître tous les associés ordinaires, outre qu'elle est indicative des ressources de la société, a encore cet avantage de diriger les exécutions des créanciers contre les véritables débiteurs. Au point de départ de la société, on ne saurait supposer une dissimulation frauduleuse; tandis que l'insolvabi-

[1] Voir *Inf.*, n. 381

lité arrivant, une collusion intéressée pourrait faire omettre d'indiquer l'associé peut-être le mieux en position de répondre des engagements sociaux; c'est ce danger que l'observation littérale de l'article 43 tend à prévenir.

373. Mais cette observation pouvait offrir un danger d'un autre genre. Dans le commerce, un nom est une richesse, une chance assurée de succès. Le même nom peut cependant appartenir à plusieurs personnes. Il pouvait donc devenir d'une part un objet de spéculation, de l'autre une occasion de confusion et d'erreur. C'est contre cette éventualité que le législateur a exigé que l'énonciation des noms et prénoms fût suivie de l'indication de la qualité et de la demeure des associés.

Ici le but de la loi fixe la portée de sa disposition. Ce qu'elle entend par demeure, c'est le lieu réellement habité par l'associé et sa famille. Se borner, en effet, à déclarer qu'il demeure dans telle ville, ce n'est pas empêcher la confusion qu'il importait d'éviter. L'indication de la demeure ne peut donc s'entendre que de la désignation de la rue et du numéro de la maison réellement occupée. Avec de tels renseignements, comment confondre les personnes sans se déclarer coupable de la plus incroyable négligence? Là devait s'arrêter la vigilance du législateur, qu'il n'était pas d'ailleurs possible de pousser plus loin.

374. En deuxième lieu, l'extrait doit indiquer la raison sociale.

La société est un être moral, distinct des associés, qu'elle personnifie cependant, puisque c'est pour leur

compte qu'elle opère; cette réunion, cet ensemble doit avoir un nom particulier, distinctif, dont l'emploi indiquera par lui-même le caractère de l'opération. Ce nom, nous l'avons déjà dit, c'est la raison sociale.

Donc la société se manifestant au public, après avoir fait connaître le personnel dont elle se compose, doit indiquer le nom sous lequel elle exploitera son commerce et son industrie. Comment, sans cette précaution, les tiers ayant traité avec elle pourraient-ils exiger que leur titre en fournît la preuve?

Il n'y a donc pas de publicité réelle si l'extrait ne mentionne pas la raison sociale. La disposition de l'article 43 exigeant cette mention était donc indiquée par la force des choses. Elle se recommande au double point de vue de l'intérêt des tiers, de celui des associés eux-mêmes.

375. Le titre, délivré sous la raison sociale, oblige de plein droit la société. Il constitue un engagement dont tous les associés ordinaires sont solidairement tenus. L'absence de cette raison rend le titre personnel au souscripteur, sauf la preuve à faire par le créancier que la société a réellement profité de la chose faisant la matière de l'engagement.

Ceux-là donc qui traitent avec la société et qui veulent échapper à l'obligation de cette preuve doivent exiger la signature sociale. Or, pour qu'ils puissent le faire, on devait les mettre à même de la connaître.

376. Pour les associés, l'exécution de l'art. 43 a cet avantage que tout ce qui n'est pas revêtu de la signature sociale est présumé ne les concerner en rien. Vai-

nement le créancier prétendrait-il avoir ignoré le nom social, ou avoir été trompé, on lui répondrait qu'en traitant avec un individu il devait s'assurer de sa condition et surtout de son nom ; qu'il pouvait se renseigner suffisamment au greffe du tribunal de commerce ; qu'il doit donc seul répondre des conséquences de la négligence qu'il a mise dans l'exécution de ce devoir.

Les coassociés trouvent donc, dans la publicité donnée à la raison sociale, le moyen assuré de ne pas répondre des dettes personnelles au gérant. Cette formalité, nous avons raison de le dire, est surtout dans leur intérêt. Comment en douter d'ailleurs, en présence des conséquences que son omission entraînerait.

Dans ce cas, en effet, il n'y aurait pas de raison sociale vis-à-vis des tiers, autre que la signature que chacun d'eux aurait pu croire ou aurait cru telle. Vainement exciperait-on de la clause de l'acte social désignant cette raison. Sur ce point l'acte ne serait obligatoire contre les tiers que s'il avait reçu la publicité que prescrit l'art. 43. On n'est pas obligé de consulter l'acte. Ce que le public doit subir, ce sont exclusivement les indications renfermées dans l'extrait qui doit être déposé et affiché. Conséquemment, si, contrairement à la loi, cet extrait ne fait nulle mention de la raison sociale, c'est comme s'il n'en existait aucune, ou plutôt elle est dans la signature que les tiers ont reçue et dont ils n'ont pu contrôler la sincérité.

Ainsi la prescription de l'art. 43 est plutôt dans l'intérêt des associés que des tiers. Ces derniers ne

peuvent jamais éprouver aucun préjudice, tandis que les coassociés se trouveront exposés à répondre des dettes pouvant être personnelles au gérant, sans pouvoir exiger la preuve que les sommes réclamées ont profité à la société.

377. En troisième lieu, l'extrait doit contenir la désignation de ceux des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société.

Contracter une société commerciale, c'est se constituer réciproquement mandataires les uns des autres, c'est recevoir et donner le pouvoir de gérer la chose commune, de l'engager vis-à-vis des tiers.

Le droit d'administrer est donc la conséquence immédiate du fait de l'association; il appartient à un même titre à tous les associés. Mais il en est de ce droit comme de toutes les dispositions introduites dans un intérêt privé. Les bénéficiaires peuvent le répudier expressément ou tacitement.

Cette répudiation est expresse lorsque l'acte de société interdit formellement à tels associés le droit d'administrer. Elle est tacite lorsque l'acte se borne à conférer exclusivement ce droit aux associés qu'il désigne.

Dans l'un et l'autre cas l'effet est le même. Ainsi, les associés exclus de l'administration n'obligent pas la société si, violant leur devoir, ils s'immiscent dans l'administration; et cela quand bien même ils auraient traité au nom de la société, et signé de la raison sociale. S'il en était autrement, les sociétés commerciales pourraient être ruinées par l'infidélité ou l'incapacité

de certains de leurs membres, malgré toutes leurs précautions.

Mais pour que les tiers qui auraient traité avec eux subissent l'application de cette règle, il faut qu'on les ait mis en position de connaître la prohibition de gérer, et son acceptation par les associés qu'elle atteint. Or, cette connaissance, ils ne sont légalement présumés l'avoir que si l'extrait déposé et publié fait connaître les associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société. Indiquer nommément ceux-ci, c'est exclure tous les autres, c'est avertir conséquemment les tiers qu'ils n'auront réellement contracté avec la société que lorsqu'ils auront traité avec les associés désignés. Dès lors celui qui, malgré cette publicité, aurait traité avec un autre, resterait sans aucun droit contre la société, eût-il reçu la signature sociale.

378. La sanction de ces prescriptions se trouve dans les conséquences que leur violation entraîne. Le défaut d'indication des associés autorisés à gérer, administrer et à signer pour la société, laisserait les choses sous l'empire du droit commun. Il suffirait que celui qui a traité avec les tiers fût associé, qu'il eût signé de la raison sociale, pour que la société fût réellement engagée, alors même que l'acte social eût formellement prohibé à cet associé de s'en servir. Il est donc du plus haut intérêt pour les associés solidaires de veiller à l'exacte observation de la loi. Ils pourraient sans cela se trouver ruinés par le fait de celui-là même dont l'incapacité avait été un motif de lui retirer le droit d'administrer.

379. Au reste, l'extrait doit contenir non-seulement le nom des associés autorisés à gérer, mais encore les conditions qui doivent accompagner l'exercice de ce droit, s'il en a été stipulé quelques-unes.

Ainsi, il arrive quelquefois que les gérants étant au nombre de deux ou de trois, il est stipulé qu'ils devront agir collectivement, et qu'il n'y aura d'obligatoires pour la société que les engagements portant leurs signatures réunies. Cette clause est régulière et valable. Sans nul doute, elle serait obligatoire pour les tiers, si elle a été publiée au désir de la loi. Dès lors, le porteur d'un titre non signé par tous les gérants ne pourrait légalement agir contre la société. Il en serait autrement si cette clause de l'acte n'avait reçu aucune publicité.

En résultat donc l'acte de société règle les rapports d'associés à associés. Mais, pour ce qui concerne les tiers, cet acte n'a par lui-même aucune force, son efficacité se trouvant subordonnée à la publication; les tiers ne connaissent légalement que ce que l'extrait déposé et publié leur a fait connaître. Tout ce qui ne s'y trouve pas inséré est comme s'il n'avait jamais existé.

380. L'indication des associés autorisés à gérer, à administrer et à signer pour la société, est surtout utile dans les sociétés en nom collectif, où, à défaut de conventions contraires, chaque associé a qualité et droit pour traiter au nom de la société et pour l'engager. Il est évident que s'il s'agissait d'une commandite n'ayant qu'un seul associé responsable, la désignation de celui-ci comme gérant équivaudra à la mention

exigée par la loi. On sait très-bien, en effet, que les commanditaires sont de droit exclus de toute gestion.

Cependant, comme dans la commandite il peut y avoir plusieurs associés solidaires, l'extrait devrait contenir la désignation des gérants, si tous n'avaient pas reçu cette faculté. Il n'y a plus à distinguer alors; car la société est en nom collectif à l'égard des associés responsables et solidaires [1].

381. En quatrième lieu. L'extrait doit contenir le montant des valeurs fournies ou à fournir par actions ou en commandite.

Nous l'avons déjà dit : dans les sociétés en nom collectif, le public n'a aucun intérêt à savoir quel est le capital social, et dans quelle proportion chaque associé est tenu d'y contribuer. La responsabilité indéfinie que chaque associé encourt l'oblige sur sa fortune tout entière, qui devient le gage des engagements sociaux. Ce qu'il importe dès lors de connaître, c'est l'importance de cette fortune; et c'est pour faciliter cette connaissance que la loi a prescrit de publier les noms, prénoms, qualités et demeures de ces associés.

Mais quelle que soit leur fortune, les commanditaires et les actionnaires ne sont jamais tenus au delà d'une somme déterminée. La réunion de toutes ces sommes forme le capital social destiné à faciliter les opérations sociales, et à éteindre le passif pouvant en résulter. En cet état, nommer les commanditaires ou actionnaires, en le supposant possible, c'était ne rien

[1] Art. 24 C. comm.

faire d'utile, c'était même exposer le public à un danger, celui de confondre ces associés avec les associés ordinaires, et de considérer leur fortune entière comme la garantie des dettes.

D'ailleurs, dans les commandites, la confiance s'attache sans doute à la personne du gérant, qu'on sait être indéfiniment responsable, mais elle est surtout acquise au capital social dont le gérant va disposer. Fonder une commandite, c'est reconnaître l'insuffisance de ses propres ressources, c'est indiquer que les développements de l'industrie tiennent à l'importance des fonds qu'on va réaliser dans cette intention. En conséquence, ce qui devait appeler sur la société nouvelle la confiance et le crédit, c'était la quotité de ces fonds, et c'est aussi ce qui a motivé l'obligation de l'indiquer dans l'extrait.

382. Toutefois, il y avait dans cette indication un danger à prévenir, une fraude à prévoir. Bien souvent le capital annoncé n'est souscrit que pour une fraction minime. Il n'est pas rare non plus que, pour augmenter le nombre des souscripteurs, on divise les payements en des termes plus ou moins rapprochés, de telle sorte que, dans l'intervalle d'un payement à l'autre, beaucoup d'actionnaires, perdant toute confiance, se refuseront à solder les termes échus de leurs actions. Dans l'un comme dans l'autre cas, les tiers, trompés par l'extrait qui leur annonçait un capital certain, ne trouveraient que déceptions et procès, au lieu du gage sur lequel ils devaient compter.

C'est pour éviter ce mécompte que notre article fait

un devoir d'indiquer tant les valeurs fournies que celles à fournir. Ainsi, si un certain nombre d'actions sont actuellement souscrites, l'extrait doit le faire connaître. Si les souscriptions ont été payées en partie, et que terme ait été accordé pour le reste, l'extrait doit également le mentionner. La chance d'un payement futur pouvant tourner contre la société, il est juste que le public puisse la faire entrer dans ses prévisions, lorsqu'il est mis en demeure de traiter avec la société.

Ainsi, ce qui doit être porté à la connaissance du public, c'est l'état réel des choses au moment de la mise en activité de la société ; c'est le chiffre du capital, la quotité et le prix des actions, le nombre de celles qui sont actuellement souscrites, les payements qui ont dû être réalisés comptant, les divers termes dans lesquels les autres devront s'opérer. Tout cela forme des éléments d'appréciation dont on ne saurait équitablement priver le public.

383. Quelle sera la conséquence de la violation de cette prescription de l'article 43 ? M. Delangle résout cette question en enseignant que l'associé commanditaire serait déchu de sa qualité, et tenu solidairement de toutes les dettes [1].

Cette décision nous paraît beaucoup trop sévère. Elle fait peser sur la tête du commanditaire une responsabilité n'ayant aucune base équitable. Sans doute, le commanditaire, intéressé à ce que l'acte de société soit régulièrement publié, doit veiller à ce que les for-

[1] N. 559.

malités soient exactement accomplies. Mais enfin on ne doit pas oublier qu'il doit rester complétement étranger à la publication. Il ne pourrait même la rectifier. Serait-il donc juste de le rendre dans tous les cas victime d'une omission, pouvant même n'être qu'une fraude contre lui ?

Déjà nous avons rappelé que la jurisprudence a admis qu'à défaut de publicité les juges peuvent avoir égard aux énonciations de l'acte non publié, lorsqu'il s'agit de la qualité réelle de celui qu'on poursuit comme associé solidaire [1]. Pourquoi donc, dans l'hypothèse actuelle, ne laisserait-on pas à la conscience du juge à déterminer la nature des torts imputables au commanditaire, et la gravité des conséquences qu'ils doivent entraîner ?

384. Ainsi l'omission dans l'extrait de l'indication des sommes fournies ou à fournir n'entraîne pas de plein droit la perte de la qualité de commanditaire. Nous serions donc tout disposé à approuver l'arrêt rendu dans ce sens par la Cour de Douai, le 8 janvier 1814.

Mais, il faut en convenir, cet arrêt n'a de juridique que le résultat, en tant cependant qu'on le séparerait des motifs de décision sur lesquels il se fonde, et qui sont inadmissibles. Ainsi nous ne saurions admettre en doctrine que la violation de l'article 42 ne puisse jamais avoir pour résultat la privation de la qualité de commanditaire.

[1] Voir *sup.*, n. 368.

Nous ajoutons que si le contraire est admissible dans certains cas, il devait l'être dans l'espèce jugée par la Cour de Douai. Là, en effet, l'extrait déposé portait la signature du commanditaire, ce qui était de sa part une usurpation des fonctions réservées aux associés solidaires. Que cette usurpation restât sans effet si les tiers n'avaient pu se méprendre, on pourrait l'admettre. Mais, loin qu'il en fût ainsi, l'extrait ne mentionnait pas les sommes fournies ou à fournir. Rien donc ne venait inspirer l'idée d'une commandite. Il y avait, dès lors, d'autant moins à hésiter, que le prétendu commanditaire ayant directement agi avait personnellement induit les tiers en erreur.

385. En cinquième lieu, enfin, l'extrait doit indiquer l'époque où la société doit commencer et celle où elle doit finir.

La société constituant un être moral distinct des associés n'existe légalement que dans l'intervalle séparant la constitution de la dissolution. Il n'y a donc d'engagements valables que ceux qui se sont réalisés dans cet intervalle même.

L'utilité d'une détermination de cette double époque ne saurait être ni méconnue, ni contestée. Elle empêchera les tiers de traiter avec la société avant qu'elle commence ou après qu'elle a pris fin. L'acceptation qu'ils feraient de la signature sociale, contrairement aux indications de l'extrait, ne leur conférerait aucun droit contre les associés futurs, ou contre les anciens associés.

Pour les associés, l'exécution de ce paragraphe de

l'art. 43 aura pour effet de les mettre à couvert de l'abus de confiance du gérant qui pourrait devancer sa mission ou la prolonger au delà de son terme, les rendre responsables des engagements qu'il contracterait.

386. L'inobservation de la loi aurait infailliblement ce résultat. Ainsi, taire au public le moment où la société commence et celle où elle finit, c'est placer les tiers dans l'impossibilité de juger de la légalité de l'emploi de la raison sociale, et conséquemment les autoriser à l'accepter avec toutes ses conséquences ordinaires.

Les associés seraient donc solidairement tenus alors même qu'en fait, l'emploi de la raison sociale aurait précédé la constitution de la société ou suivi sa dissolution. Ils ne pourraient même, pour échapper à la responsabilité, exciper de la connaissanc que le tiers aurait eue de la vérité des choses.

387. Cependant cette règle ne peut être absolue, car elle pourrait conduire à un résultat absurde. Ainsi, l'acte du gérant faisant survivre ses pouvoirs à la société elle-même est de nature à constituer un délit punissable aux yeux de la loi criminelle. Il est donc évident que le tiers qui aurait sciemment assumé la complicité de ce délit ne saurait s'en faire un titre contre ceux qui doivent en être les victimes.

Ainsi, comme le fait observer M. Delangle, la connaissance légale seule oblige. La notoriété de fait n'est rien. On doit penser, quand l'époque où la société doit finir est omise dans la publication, qu'après avoir fait

une convention à cet égard, les associés l'ont abandonnée.

Mais cette présomption cède devant la preuve du contraire. L'offre de justifier que le tiers a colludé avec le gérant pour faire revivre une société qu'il savait être dissoute serait toujours recevable, et cette preuve rapportée, l'engagement demeurerait sans effets contre les anciens associés au préjudice desquels il aurait été frauduleusement préparé.

388. Au reste, cette même fraude peut être tentée par un autre moyen beaucoup plus facile, par l'antidate de l'obligation. Cette fraude n'est jamais présumée, et foi étant due au titre, la date apparente est ordinairement admise. Mais les intéressés sont recevables à en prouver la fausseté, même par témoins. Cette preuve peut résulter des livres de la société, sur lesquels, à moins d'une insertion après coup, l'opération ne sera pas indiquée à la date qui lui a été donnée. La conviction du juge acquise, l'engagement devra être annulé à l'égard des anciens associés. Dans l'espèce, la complicité du tiers résulterait de l'antidate elle-même. Celui qui fait une opération ligitime ne la dissimule pas sous l'apparence d'un titre mensonger.

Ainsi, la règle que la connaissance de fait ne saurait prévaloir sur le défaut de publicité reçoit des exceptions, dans tous les cas de dol et de fraude notamment [1].

389. La personne chargée de la rédaction de l'ex-

[1] Voir *sup.*, n. 155 et suiv.

trait et de son dépôt au greffe varie selon que l'acte est authentique ou sous seing privé.

Dans le premier cas, l'extrait doit être fait et déposé par le notaire rédacteur de l'acte, dont la signature garantit la vérité et l'exactitude de toutes les énonciations qui y sont renfermées; la loi le considère, quant à ce, comme le mandataire légal des associés.

Comme tout mandataire, le notaire répondrait de sa faute, et la faute est ici constituée par l'omission d'une des indications exigées par la loi. Ses conséquences seraient l'obligation d'indemniser les associés du préjudice que l'omission aurait pu leur occasionner.

Ainsi, la Cour de Douai jugeait, le 21 novembre 1840, que le notaire qui, dans l'extrait de l'acte d'une société commerciale publié conformément à l'art. 42 C. com., a omis d'énoncer la clause restrictive de la signature sociale, est responsable des obligations plus étendues dont la société s'est trouvée chargée, contre son vœu, envers les tiers qui ont contracté avec les associés dans l'ignorance de cette clause.

Dans l'espèce, il avait été convenu que la société ne serait tenue que des engagements signés par les deux associés, et passés expressément pour le compte de la société. L'acte étant authentique, l'extrait fut déposé par le notaire.

Mais cette clause n'ayant pas été mentionnée dans l'extrait, la société se trouvait légalement tenue des engagements contractés par les associés isolément, mais sous la signature sociale. C'est contre l'obligation de les

payer que l'associé non signataire demanda et obtint son recours contre le notaire[1].

390. Si l'acte de société est sous seing privé, l'extrait doit être signé par tous les associés, si la société est en nom collectif; par tous les associés gérants et responsables, si elle est en commandite. En rendant cette obligation commune à tous, on fait disparaître toutes les difficultés que les termes de l'extrait pouvaient faire naître.

Les associés commanditaires ou actionnaires ne doivent et ne peuvent signer l'extrait. Sans doute, on peut admettre qu'on a voulu ne pas trahir par là l'incognito quelque peu transparent qui les abrite encore. Mais le but réel de cette précaution a été de sauvegarder les tiers d'une erreur dans laquelle ils auraient pu tomber; erreur consistant à croire associé solidaire celui dont on verrait figurer le nom au bas de l'extrait.

La signature de l'extrait n'est pas un de ces actes tellement attachés à la personne qu'on ne puisse le confier à un mandataire. Le soin que l'acte en confierait à un seul des associés répondrait donc au vœu de l'art. 44.

Il y a plus, le mandat serait facilement présumé. En effet, ceux qui contractent une société sont censés vouloir la rendre régulière et stable, et autoriser, en conséquence, tout ce qui est indispensable pour en arriver là. Dans tous les cas, la preuve testimoniale du mandat étant admissible, elle pourrait également ré-

[1] D. P., 41, 2, 67.

sulter des présomptions, en première ligne desquelles figurerait l'exécution que les associés auraient donnée à la société, depuis le dépôt de l'extrait opéré par un seul d'entre eux.

Au reste, l'art. 44 ne saurait jamais devenir un moyen de se soustraire aux obligations résultant de la signature de l'acte social. Il en serait autrement si rien ne pouvait suppléer à l'adhésion collective que la loi exige pour l'extrait. En effet, l'associé qui voudrait rompre se bornerait à refuser de le signer, et la société deviendrait nécessairement caduque, faute de publicité.

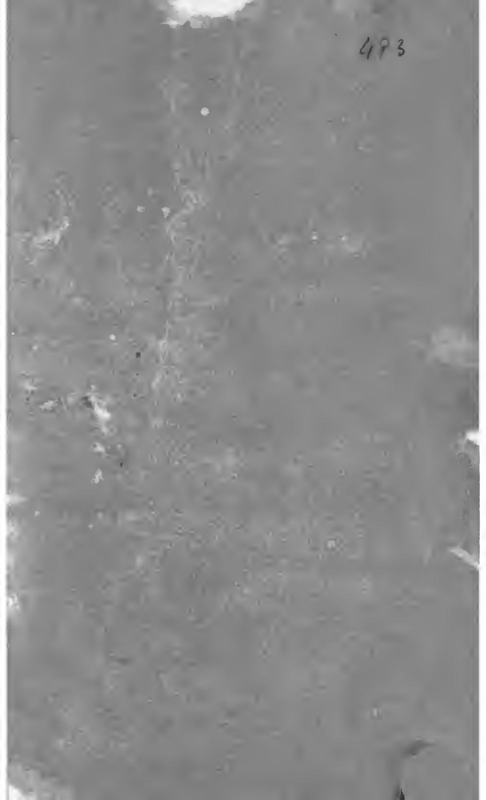
Un pareil résultat n'a pu entrer dans les prévisions du législateur. Nous croyons donc que l'extrait déposé par les autres associés, après une mise en demeure de celui qui refuserait de souscrire, remplirait le vœu de l'art. 44, et assurerait la régularité de la société.

391. En dernière analyse, l'extrait, quel qu'en soit l'auteur, doit ne contenir que l'expression sincère des accords véritables des parties. On peut concevoir une omission, plus difficilement une erreur; mais rien ne saurait excuser, soit des énonciations fausses et mensongères, soit la dissimulation de certaines conditions que les tiers ont intérêt à connaître. Si les unes et les autres n'avaient eu pour objet que de capter la confiance du public en lui inspirant des espérances chimériques, l'auteur de l'extrait aurait commis une véritable escroquerie; il pourrait donc être poursuivi et puni conformément à la loi criminelle.

FIN DU TOME PREMIER.

005700025





DU MÊME AUTEUR.

TRAITÉ DES FAILLITES ET BANQUEROUTES, ou COMMENTAIRE DE LA LOI DU 28 MAI 1838. 1856. 2 vol. in-8. 15 fr.

TRAITÉ DU DOL ET DE LA FRAUDE en matière civile et commerciale. 1852, 3 vol. in-8. 24 fr.

DROIT COMMERCIAL, commentaire du Code de commerce. Titre I. — Des commerçants. Titre II. — Des livres de commerce. 1854, in-8. 7 fr. 50

ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH. Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français. 1843-1851, in-4. 30 fr.

BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, substitut. De la portion de biens disponible et de la réduction. 1856. 2 vol. in-8. 14 fr.

BERTIN, avocat. Chambre du Conseil en matière civile et disciplinaire. Jurisprudence du tribunal civil de la Seine, et Introduction de M. de Belleyme. Deuxième édition, revue. 1856, 2 vol. in-8. 16 fr.

CHAUVOT (H.). Le barreau de Bordeaux de 1775 à 1815. 1856, in-8. 6 fr.

CLAMAGERAN, avocat. Du louage d'industrie, du mandat et de la commission, en droit romain, dans l'ancien droit français, et dans le droit actuel. in-8. 6 fr.

DEMOLOMBE, professeur doyen de la Faculté de droit de Caen. Cours de Code Napoléon.

— 1er *livre*. Traité complet de l'Etat des personnes. 8 vol. in-8. 64 fr.

Chaque traité se vend séparément :

— 2e *livre*. De la distinction des biens ; de la Propriété ; de l'Usufruit ; de l'Usage et de l'Habitation (T. IX et X). Art. 516 à 636. 2 vol. in-8. 16 fr.

— Traité des servitudes, ou services fonciers (T. XI et XII). Art. 637 à 710. 1856, 2 vol. in-8. 16 fr.

—Traité des successions (T. XIII, XIV et XV). Art 711 à 892. 1857, 3 vol. in-8. 24 fr.

EMION (Victor), avocat. Législation, jurisprudence et usages du commerce des céréales. 1855, in-8. 7 fr. 50

FREMY-LIGNEVILLE, avocat. Dictionnaire général des Actes soug seing privé et Conventions verbales en matière civile, commerciale et administrative. 1850, 2 vol. in-8. 14 fr.

GEOFFROY, avocat. Code pratique des Faillites. 1853, in-8. 7 fr. 50

GOURAUD (Ch). Essai sur la liberté du commerce des nations. Examen de la théorie anglaise du libre échange. 1853, 1 vol. in-8. 5 fr

— Histoire de la Politique commerciale de la France, et de son influence sur le progrès de la richesse publique, depuis le moyen âge jusqu'à nos jours. 1854, 2 vol. in-8. 12 fr.

— Histoire des causes de la grandeur de l'Angleterre, depuis les origines jusqu'à la paix de 1765. 1856, in-8. 7 fr

LABOULAYE, membre de l'Institut. Histoire politique des Etats-Unis, depuis les premiers essais de la colonisation jusqu'à l'adoption de la constitution fédérale (1620-1789).—Histoire des colonies (1620-1761). 1855. 1 vol. in-8. 8 fr

Nota. Pour paraître prochainement l'Histoire de la Révolution, 176[illegible]-1787. Histoire de la Constitution, 1787-[illegible]

LAYA. Droit anglais, ou Résumé de la législation anglaise sous la forme de codes. 1845, 2 vol. in-8. 15 fr.

TYPOGRAPHIE HENNUYER, RUE DU BOULEVARD, 7. BATIGNOLLES.
Boulevard extérieur de Paris.